

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La Fe Pública especial no notarial en el derecho privado

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Eduardo Gutiérrez-Solar y Bragado

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5322941480

437

"LA FE PUBLICA ESPECIAL NO NOTARIAL EN EL DERECHO PRIVADO"

Autor: EDUARDO GUTIERREZ-SOLAR Y BRAGADO

Director: Prof. Dr. MANUEL ALBALADEJO GARCIA

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

CURSO ACADEMICO 1980 - 1981

INDICE SISTEMATICO

C A P I T U L O I

PLANTEAMIENTO.....	1
Notas.....	21

C A P I T U L O II

I.	EL NOTARIADO ECLESIASTICO.....	23
II.	LAS FUNCIONES NOTARIALES DE LOS PARROCOS EN EL DERE- CHO PRIVADO.....	27
	A). En los expedientes de matrimonio canónico.....	27
	B). En las disposiciones testamentarias: el testamento - parroquial.....	32
III.	EL TESTAMENTO PARROQUIAL.....	34
	1). Generalidades.....	34
	2). Consideraciones históricas.....	37
	A). En Cataluña.....	37
	B). En Aragón.....	46
	C). En Navarra.....	50
	3). Fundamento racional.....	53
	4). Naturaleza.....	57
	A). En Cataluña.....	57
	B). En Aragón.....	59
	C). En Navarra.....	61

II

5).	Elementos objetivos del testamento ante párroco.....	63
A).	En Cataluña.....	63
a)	Localidad sin notaría demarcada o vacante.....	63
b)	Demarcación parroquial propia del párroco autorizante o de quien haga sus veces.....	69
B).	En Aragón.....	70
C).	En Navarra.....	73
6).	Elementos subjetivos.....	74
6.1.)	Autorizante.....	74
A).	Cataluña.....	74
B).	Aragón.....	83
C).	Navarra.....	84
6.2.)	Otorgante.....	85
A).	Cataluña.....	85
B).	Aragón.....	91
C).	Navarra.....	92
6.3.)	Testigos.....	92
A)	Cataluña.....	92
B)	Aragón.....	97
C)	Navarra.....	98
7).	Contenido del testamento parroquial en los tres territorios forales.....	100
8).	Formalidades.....	101
A).	Cataluña.....	101
B).	Aragón.....	112
C).	Navarra.....	119
Notas.....		126

C A P I T U L O III

III

I.	LA FEDACION EN LA ESFERA MILITAR: SU ENCUADRAMIENTO, -- JUSTIFICACION Y CONVENIENCIA DE UN DESARROLLO DE LA -- NORMATIVA VIGENTE.....	134
II.	NORMATIVA REGULADORA.....	162
III.	EL TESTAMENTO MILITAR.....	166
	1). Historia.....	166
	2). Naturaleza.....	178
	3). Requisitos.....	181
	A). Subjetivos.....	181
	B). Temporales.....	187
	C). De lugar.....	189
	4). Formas.....	196
	A). Testamento ordinario abierto.....	196
	B). Testamento ordinario cerrado.....	216
	C). Testamento extraordinario abierto.....	229
	D). Testamento extraordinario cerrado.....	233
	Notas.....	242

C A P I T U L O I V

I.	EL TESTAMENTO MARITIMO. SU HISTORIA.....	250
II.	FUNDAMENTO RACIONAL.....	254
III.	REQUISITOS.....	256
IV.	FORMAS.....	265
	A). Testamento ordinario abierto o cerrado.....	267
	B). Testamento extraordinario.....	296
	Notas.....	302

CAPITULO V

I.	LA FE PUBLICA CONSULAR: SU FUNDAMENTO RACIONAL.....	304
II.	HISTORIA.....	305
III.	COMPETENCIAS DE LOS AGENTES DIPLOMATICOS Y CONSULARES..	310
IV.	LA FEDACION DEL AGENTE DIPLOMATICO O CONSULAR Y EL INSTRUMENTO PUBLICO.....	320
V.	LA FEDACION DEL AGENTE DIPLOMATICO O CONSULAR Y LA AUTORIZACION DE LOS TESTAMENTOS.....	339
	Notas.....	352

CAPITULO VI

I.	EVOLUCION HISTORICA DE LA FE PUBLICA MERCANTIL.....	355
II.	CARACTER DUAL DE LA FUNCION DEL FEDATARIO MERCANTIL...	358
	1). Como comerciante.....	360
	2). Como fedatario.....	367
	A). Limitación objetiva: "actos de comercio".....	372
	B). Limitación subjetiva: "comprendidos en su oficio"	373
	C). Limitación espacial: "en la plaza respectiva"...	377
III.	NATURALEZA DE LA FE PUBLICA MERCANTIL.....	381
IV.	PRINCIPIOS DE LA FE PUBLICA MERCANTIL.....	389

A).	Principio de solemnidad.....	390
B).	Principio de objetivación.....	398
C).	Principio de unidad de acto.....	405
D).	Principio de la evidencia.....	412
V.	COMPETENCIAS DE LOS DISTINTOS AGENTES COLEGIADOS.....	417
1).	Competencias de los Agentes de Cambio y Bolsa.....	417
2).	Competencias de los Corredores Colegiados de Comercio.....	420
3).	Competencias de los Corredores Interpretes de buques o marítimos colegiados.....	426
VI.	EFICACIA DE LA INTERVENCION DE UN AGENTE MEDIADOR COLEGIADO.....	429
	Notas.....	432

VI

ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

ap.	apartado
art.	artículo
cap.	capítulo
C.C.	Código Civil
C. de C.	Código de Comercio
Const.	Constitución
Ed.	editorial
Graf.	Gráficas
Impr.	Imprenta
L.H.M.	Ley de Hipoteca Mobiliaria
L.S. A.	Ley de Sociedades Anónimas
lib.	libro
libr.	librería
op. cit.	obra citada
op. y loc. cit.	obra y lugar citados
pág.	página
Part.	Partida
R.	Resolución
Rev. Der. Español y Americano..	Revista de Derecho Español y <u>Ameri</u> cano
Rev. D. Priv.	Revista de Derecho Privado
Rev. Gral. Leg. y Jurispr.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.D.	Real Decreto
R.O.	Real Orden
sigts.	siguientes
S.M.	Su Majestad
ss.	siguientes
Sts.	Sentencias
Tall.	Talleres
Tit.	Título
T.S.	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

C A P I T U L O I

PLANTEAMIENTO

La fe, que es esencialmente creencia e implica un cierto componente volitivo, cuando se hace pública pierde ambos elementos y se manifiesta como una imposición del Poder Público, que atribuye a determinadas personas, con exclusión de las demás, la cualidad de la veracidad en todo aquello que afirman o atestiguan (fe pública subjetiva), o que da primacía de verosimilitud a lo que declara una norma (fe pública objetiva), frente a lo que afirman o atestiguan los particulares.

La fe pública, a diferencia de la privada, no está basada en el firme convencimiento que tenemos sobre la verdad que la misma encierra, sino en la creencia general que impone el Estado y la verdad oficial que nos obliga a aceptar.

Ese elemento impositivo, que en la fe pública tiene un carácter esencial, no es una manifestación arbitraria de la posición exorbitante de la Administración, sino la única fórmula posible ante la complejidad de las relaciones de la vida social.

La vida social requiere, por su complicación, una cierta estabilidad en las relaciones; que aparezcan siempre con un carácter de evidencia y permanencia, para que no pueda suscitarse duda posterior sobre ellas.

Si solo hubiera de otorgarse carácter auténtico a aquellos hechos que por si mismo ofrecieran garantías suficientes, -

difícilmente la fe pública llegaría a manifestarse. El simple transcurso del tiempo, que hace desaparecer los elementos intervinientes en las relaciones jurídicas, fundamentalmente los de orden personal, sería suficiente para hacer eficaz cualquier manifestación contraria a las mismas.

Por ello el Estado ha tenido que establecer un sistema de presunciones que obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos, actos, estados y circunstancias sometidos a su amparo, independientemente de que queramos o no queramos creer en ellos. Por ello, el Estado ha tenido que crear unos organismos aptos para ejercitar la función de dar autenticidad a los actos jurídicos, para ejercer la fe pública.

La esfera donde se desenvuelve la fe pública es amplísima, y sus clases tan numerosas como las actividades humanas. Sin embargo podemos dividir la fe pública en dos grandes grupos, según las prerrogativas atribuidas al funcionario que la ejerce.

Primer grupo.- Comprende la que corresponde a todo empleado público, que tiene una fe pública general en cuantas declaraciones hiciere siempre que los actos o manifestaciones que certifique se refieran al régimen de su dependencia, o que los testimonios o copias que expida se refieran a originales custodiados en oficinas a su cargo y por razón de su oficio. Asegura, declara o certifica como actor algo que es parte de su función.

Segundo grupo.- Que comprende la fe pública especial que de manera expresa y concreta concede la ley a determinados funcionarios, llamados por tal causa fedatarios, pues les ha sido otorgada la facultad de dar fe. Testimonian o dan fe como testigos excepcionales, y autorizan la verdad del acto sin formar parte del mismo, o la realidad de la cosa sin tenerla en su poder.

Dentro de este grupo hay una fe pública judicial a cargo de los Secretarios judiciales (artículos 249 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que no será objeto de este estudio, y una fe pública extrajudicial o notarial que tiene por objeto - la constatación de los actos humanos cuya finalidad es la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

La fe pública extrajudicial o notarial tiene un depositario preeminente, el notario; pero también es desempeñada por otras personas que no son notarios, en la mayoría de los casos funcionarios públicos con competencias autenticadoras y, en - algún supuesto, autoridades, en cuanto personas investidas de carácter o representación por su empleo o mérito.

La diversidad de funcionarios a quienes les están encomendadadas funciones notariales no es algo que haya aparecido en épocas recientes, sino que ya en el reinado de Asurbanipal existían, según nos han revelado unas inscripciones cuneiformes, variados - funcionarios que atestiguan, con sus sellos, y guardan en sus archivos, noticias de relaciones contractuales.

En Roma, los Scribae, Notarii, Tabelliones, Tabularii, - Chartularii, Actuarii, Epistolarii, Lolographi, Refrendarii, Cancelarii, Librarii, Consiliarii, Sciriarri, Congnitores, Diastoleos, Libenses, Censuales, Cornicularii, etc., constituían un nutrido grupo de participantes, de forma más o menos importante, - en funciones autenticadoras.

En la España romana existían diversos funcionarios autenticadores como nos demuestran las tablas de bronce encontradas - en Osuna.

En la época goda aparecen los escribanos comunales, del pueblo, o del rey y los propios monges-notarios.

En el siglo XIII, El Fuero Real distingue entre escribanos de la Corte y escribanos públicos.

Durante el siglo XIV atribuyese merced a los municipios para nombrar oficiales públicos, siempre que reuniesen determinadas circunstancias. Posteriormente esta diversidad fue en -- aumento. Por razón del sitio donde funcionaban se conocieron -- los notarios o escribanos reales, los escribanos numerarios, los de Ayuntamiento, los de Concejo, y otros.

Por razón de la autoridad o personaje que los nombraba, se vieron Protonotarios, Notarios imperiales, apostólicos, de -- comisión, del Nuncio, extravagantes y ordinarios, eclesiásticos, con fiat, de Notaria de reinos, escribanos de embajadores, de -- señorío, de corregimiento, de convento, de merindad, de Ejército y de Armada.

Por las jurisdicciones en que actuaban, en la que ejercía Palacio, había escribanos de bureo, de casas, bosques y sitios reales, de bailia, de caballerizas reales y del real patrimonio; en las demás existían los escribanos de la mesta, de minas, de contrabando, de rentas, guerra, marina, inquisición y -- otros.

Con ello llegamos a la Ley Orgánica del Notariado de 28 de Mayo de 1862, fundamento de todas las pretensiones unificadas de la función notarial. El proyecto de ley presentado al -- Congreso en 12 de Enero de 1848, aspiraba ya a establecer una -- sola clase de funcionarios autorizados para dar testimonio de -- actos y contratos intervivos y por causa de muerte.

La Ley de 1862 recoge esta pretensión cuando en el párrafo segundo del artículo 1 afirma que "Habrá en todo el reino una sola clase de estos funcionarios".

Esta pretensión no ha sido lograda, lo cual resulta lógico. Fundar en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado el argumento de que la misión autenticadora es propia y exclusiva de la institución notarial es algo desorbitado. Ni en su letra, ni en su espíritu, mantiene la Ley una exclusividad de la función notarial. Se trata de una ley con el fin único de organizar el Notariado, pero no el de dar normas de carácter general en la autenticación de los actos extrajudiciales. Esto lo demuestra el mismo contenido de su articulado, que ha de servir de fuente interpretativa, y que en ningún momento implanta un monopolio autenticador.

Alberto de Velasco recogiendo ideas de Eduardo Morales - Diaz vertidas en su "Legislación Notarial" (Madrid 1.907) dice: "Realmente hay que confesar que el precepto legal (artículo 1 de la Ley del Notariado) no podría ser observado siempre y que las causas principales a que obedece la existencia de varios funcionarios con fe pública extrajudicial son, en primer lugar, la imposibilidad de la exacta aplicación del artículo." (1).

Un informe de la Dirección General de los Registros señala que "el objeto de la Ley de Notariado solo ha sido organizar la institución notarial y marcar las formas extrínsecas de las escrituras; una ley que se propone reglar la profesión notarial." (2).

Pero además, la centenaria ley adolece de senilidad y su vigencia es más teórica que real, por cuanto ha sufrido multitud de alteraciones, y en especial por los sucesivos Reglamentos Notariales. A este respecto es de tener en cuenta el artículo 2 del Reglamento Notarial de 2 de Junio de 1.944 que fija el campo notarial como el Derecho Privado, diciendo: "Al notario corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho Privado traten de establecerse o declarar-

se sin contienda judicial."

Por lo tanto, son las mismas normas notariales las que - acotan su campo. Pero, ni siquiera en el Derecho Privado está limitada su competencia, por cuanto tienen facultades fedatarias en él varios funcionarios públicos, con competencias autenticadoras y en algún supuesto autoridades, en cuanto personas, investidas - de carácter o representación por su empleo o mérito, según decía antes.

En efecto, dentro de los funcionarios públicos que ejercen funciones autenticadoras en el ámbito del Derecho Privado se encuentran los Cónsules, los Agentes de Cambio y Bolsa, los Corredores de Comercio, los Corredores Intérpretes de Buques y los Secretarios de Ayuntamiento en la pequeña parcela que les otorga el artículo 1.324 del Código Civil. (3)

Así mismo, pertenecen a este grupo de funcionarios públicos las jerarquías militares y marítimas, que en unos casos, como los Comisarios de Guerra, hoy Interventores Militares, pertenecen al estamento castrense con carácter permanente y en otros casos, como los oficiales, médicos, o capellanes, que no pertenecen con carácter fijo al Ejército, en el momento de autorizar los testamentos militares, al estar encuadrados en las filas del Ejército, son también funcionarios públicos de la Administración Militar del Estado.

Los contadores de los buques de guerra también son, funcionarios públicos de la Administración Militar del Estado, y los Capitanes de los buques mercantes igualmente son funcionarios públicos aplicándoseles -según recuerda Gutiérrez de la Cámara- los artículos 364, 365 y 366 del Código Penal, relativos a la fidelidad de los funcionarios públicos en la custodia de documentos, y así como la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante que,

al configurarles como funcionarios públicos representantes de la fe pública extrajudicial, les impone las penas correspondientes a los funcionarios por los delitos de falsedad que cometan en -- el ejercicio de tales funciones públicas. (4)

Autoridades que tienen competencias autenticadoras en -- el ámbito extrajudicial del Derecho Privado son los párrocos, en cuanto depositarios de funciones notariales en virtud del artículo 48 del Código Civil y de las disposiciones del Derecho Foral, que les atribuyen la autorización de testamentos.

El Artículo 34 del precitado Reglamento de 2 de Junio de 1944 dice: "El título de Notario se expide por el Ministerio de Justicia en nombre del Jefe del Estado.

El nombre y título de Notario --continua el artículo-- solo podrá usarse por los que integran el Cuerpo Notarial, sin que pueda ser utilizado por otras personas, aunque la legislación vigente dé a su actuación carácter notarial."

Por tanto, la exclusividad es del nombre de Notario, no de la función notarial o autenticadora.

Las razones históricas a que brevemente he aludido, junto con las que iré resaltando a lo largo del presente estudio, -- y el proceso de burocratización del Derecho y de hipertrofia de lo administrativo, reconocido por todos los tratadistas, han producido el fenómeno, que hoy se observa, de la dispersión de la -- actividad notarial entre muy diversos funcionarios y personas.

Esta atribución por la ley, de funciones notariales a -- quienes no son notarios ha dado origen a una encendida protesta de gran parte del Cuerpo Notarial.

El prestigio que, merecidamente, ha gozado entre nosotros el notariado, ha ejercido cierta sugestión sobre todos los profesionales que de algún modo participan en funciones de fe pública, aunque ésta tenga un alcance y una extensión distinta de la atribuida al notariado.

Influido, quizá, por ello, llegué a preguntarme ¿está --- justificada la protesta de los notarios? ¿es adecuada la posición del legislador, o ha sido el resultado de una posición cómoda ante situaciones de hecho o presiones?.

La extraordinaria categoría de los predicadores de la integración de la función notarial (5) y el respeto que la labor --- del legislador merece a todo profesional del Derecho, son argumentos contrapuestos de suficiente peso como para suscitar tales dudas.

El estudio del ejercicio de funciones notariales por --- quienes no son notarios, contribuirá a hallar respuesta a estas --- preguntas, y dará razón de ser a la presente tesis doctoral.

Castán incita al estudio y análisis de la cuestión con las siguientes palabras: "frente a la aspiración del Notario de recuperar la integridad de funciones que cree corresponden a su ministerio puede, en definitiva, llegarse a una conclusión: Que si el principio y la orientación a seguir ofrecen una cierta claridad, han de requerir particular y circunstancial análisis las aplicaciones concretas, y será problema de mera oportunidad el de si --- debe ser realizada prácticamente, con ritmo más o menos acelerado, la unificación de la función notarial, y si deben ser por el momento respetadas determinadas excepciones por virtud de las cuales subsista la concesión de fe extrajudicial a algunos funcionarios no notariales." (6)

Decía que la fe pública se desenvuelve en una esfera am---plísima, pues sus clases son tan variadas como las actividades hu---manas, pero que todas las manifestaciones podían reconducirse a ---dos grandes grupos: el de la fe pública que corresponde a todo ---empleado o funcionario público, por el solo hecho de serlo, y el de la fe pública especial, que de manera concreta otorga el legis---lador a determinados funcionarios o a personas en quienes concu---rren unas circunstancias determinadas, a las que llamaremos auto---ridades.

Dentro de este segundo grupo, el de la fe pública espe---cial, existen dos grandes subgrupos: el de la fe pública judicial, a cargo de los Secretarios judiciales -(arts. 249 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil)-, y el de la fe pública extrajudi---cial, a cargo de diversas personas, fundamentalmente notarios, pe---ro también Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio, Co---rredores Intérpretes de Buques, Párrocos, Consules, Secretarios -de Ayuntamiento y jerarquías militares y marítimas.

Esa fe pública extrajudicial se podrá producir en relacio---nes jurídicas de una u otra esfera del Derecho, el Derecho Públi---co o el Derecho Privado.

En esta segunda esfera queda encuadrado el objeto de mi ---estudio: las manifestaciones principales de la fe pública especial extrajudicial que, en el marco del Derecho Privado, encontramos ---no son desempeñadas por los notarios. Es decir, las ejercidas por los párrocos y notarios eclesiásticos, en relación con la licen---cia para el matrimonio; por los párrocos, en materia de testamen---tos, en algunas regiones forales; por los Interventores y otras ---autoridades militares, en relación con el testamento militar y el ejercido de la fe pública en fuerzas expedicionarias; por los Con---tadores o Capitanes de los buques respecto de los testamentos ---otorgados durante un viaje marítimo; por los Consules o Viceconsu---les en cuanto depositarios de las funciones notariales en el ex---

tranjero; y por los Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio y Corredores Intérpretes de buques en relación con la materia mercantil.

Señalaba que el fundamento normativo de esa pretendida integración, esgrimido por los notarios proclives a la misma, era -- el artículo 1 de la Ley de 28 de Mayo de 1862 y el artículo 34 -- del Reglamento, desarrollador de la misma, de 2 de Junio de 1944. La falta de apoyo es clara, pues la disposición legal es una ley que tiene como única finalidad, como no podía ocurrir de otra manera, tratándose de una Ley Orgánica, la organización del notariado, y nunca la regulación de la autenticación de los actos extrajudiciales. Su artículo 1 afirma que habrá una sola clase de notarios, de funcionarios con esta denominación, pero no atribuye a los mismos el monopolio autenticador.

Abundando en este criterio de que la exclusividad no es de la función, el artículo 34 de la norma reglamentaria señala que -- "el nombre y el título de Notario sólo podrá usarse por los que -- integran el Cuerpo Notarial", matizando seguidamente que "sin que pueda ser utilizado por otras personas, aunque la legislación vigente dé a su actuación carácter notarial."

El propio legislador ha previsto que le estén atribuidas legalmente a otros funcionarios funciones notariales, si bien les impide denominarse notarios.

Y no es obstáculo el que el artículo segundo del precitado reglamento de 2 de Junio de 1944 dé a la figura del notario un papel predominante en la autenticación extrajudicial en el Derecho Privado, pues este papel predominante no ofrece, en mi opinión, ninguna duda, y así me manifiesto en este trabajo al resaltar que todos los depositarios de funciones fedatarias lo son por ausencia o en sustitución del notario, que no puede estar presen-

te en situaciones en que, la defensa de legítimos intereses, -- exige la intervención de un funcionario o autoridad que preste -- autenticidad y evite posteriores controversias.

Si el propio origen de la fe pública está en una fórmula arbitrada por el poder coactivo del Estado para, a través de un -- sistema de presunciones, obtener la seguridad jurídica, el mismo Estado ha de arbitrar otra fórmula con esa misma finalidad, ante la imposibilidad de que, en todo momento y lugar, haya un notario que pueda autenticar un testamento, un contrato, o cualquier otro acto de Derecho Privado, o ante la extraordinaria frecuencia y -- las particulares características con las que se manifiestan las -- relaciones comerciales. Por ello el legislador ha concebido al no tario como el depositario primordial de la fe pública extrajudi-- cial en el campo del Derecho Privado, pero ha previsto la existen-- cia de otros funcionarios públicos o personas determinadas que en lugar del notario pudieran actuar.

El legislador -insisto- configuró al notario como titular íntegra y plenamente del ejercicio de la fe pública en el Derecho Privado, pero también ha atribuido a los funcionarios y autoridades reseñados funciones notariales. Esta atribución está inspirada en el mantenimiento de la seguridad jurídica en aquellos casos en que las circunstancias obligan o permiten prescindir del notario, por lo que los destinatarios de aquella atribución tienen, co mo característica común de su actuar, el hacerlo en lugar del depositario por excelencia de la fe pública cuando éste no intervie-- ne.

Este carácter de sustitutos aparece cuando en los tiempos de la Codificación, se arbitra la seguridad jurídica y la fe pú-- blica en torno a la figura del notario, a la que se organiza y se le da un papel predominante en este campo. A partir de este momen-- to podría considerarse los funcionarios y autoridades que ejercen funciones notariales, sin ser notarios, como sustitutos de estos,

en el correcto sentido de que, habiendo previsto el poder coac---
tivo del Estado a los notarios como predominantes, los demás po---
drían considerarse como actuantes en defecto de aquellos. Pero --
que este carácter de sustitutos no se entienda nunca como sinóni-
mo de precaristas, pues las funciones notariales les fueron atri-
buidas por las oportunas disposiciones normativas propias de cada
momento histórico, o por un uso de origen remotísimo, confirmado
por preceptos normativos posteriores.

Los párrocos ejercen funciones notariales en los expedientes
de matrimonio canónico cuando los que deban conceder la licencia
no consideren oportuno otorgarla ante notario. Ejercen los párrocos
funciones notariales en materia de testamentos en localidades
sin notaría demarcada o vacante, o cuando no pueda obtenerse
urgentemente la presencia de notario, es decir, cuando la incommu-
nicación de núcleos de población con otros donde haya notario im-
pide acudir a éste.

Al no existir notarios españoles en el extranjero, el le-
gislador ha tenido que conceder funciones notariales a los cónsu-
les, para no dejar desasistidos a españoles residentes que contra-
tan entre si o que necesitan otorgar instrumentos públicos que --
producirán sus efectos en España y, por otra parte, para no hacer
dejación de la facultad interpretativa y de aplicación de nuestra
normativa en manos de funcionarios extranjeros.

La imposibilidad de acudir a un notario cuando el otorgante
esté a bordo de un buque en un viaje por mar, y la necesidad -
de buscar un sustituto para la autorización de un testamento que
no admita demora, es obvia y no necesita de mayores comentarios.
Lo mismo podía decirse de aquellos testamentos hechos en las cir-
cunstancias de riesgo real, prevenidas por el legislador como con-
figuradoras del testamento militar, o de los otorgados por miem-
bros de fuerzas expedicionarias que se encuentran fuera del terri-
torio nacional, o que deban autorizarse en lugares a los que, por

necesidades de la defensa nacional o por riesgos reales de integridad física, no puede lograrse o exigirse la presencia de notario español.

Si este carácter de sustitutos del notario se ve claramente en el ejercicio de las funciones notariales de los párrocos, - autoridades militares, marítimas y consulares, también se observa, si bien merced a un análisis más minucioso, en el caso de los fedatarios mercantiles, pues la mayor frecuencia y normalidad de las relaciones jurídicas en que intervienen, con respecto a aquellas en que los anteriores actúan, no impide considerar que los agentes mediadores colegiados actúan, en lo mercantil, como sustitutos de los notarios.

En efecto si tenemos en cuenta que, salvo en determinados supuestos previstos por el ordenamiento jurídico mercantil en que ha de intervenir forzosamente un Agente de Cambio y Bolsa o un Corredor de Comercio, en toda la inmensa mayoría que constituyen las restantes operaciones mercantiles, pueden las partes contratar libre y directamente, y recurrir a la intervención notarial para dar forma a sus actos y contratos; si en muchos supuestos de la actividad comercial pueden concurrir indistintamente notario o fedatario mercantil; si en algunas ocasiones puede concurrir en lugar del notario un fedatario mercantil y desempeñar las funciones autenticadoras de aquél, dado que la función del notario abarca todo el campo del Derecho Privado, mientras que el Agente de Cambio o Corredor interviene en operaciones concretas, puede entenderse la función autenticadora desempeñada por el notario como permanente y principal, frente a la autenticación limitada desarrollada por el agente colegiado, que bien puede considerarse sustituto del notario en una determinada clase de actos jurídicos.

No puede entenderse la cuestión de otra manera, pues si los agentes mercantiles colegiados limitan su actuación autenticadora en determinadas relaciones jurídicas, las mercantiles, que -

se incluyen en un marco más amplio como son las relaciones jurídico-privadas en el que el protagonista de la fe pública es el notario; si éste tiene incluso, casi siempre la posibilidad de actuar en materia mercantil, ya que solamente en supuestos muy concretos le está vedado intervenir, supuestos compensados, a los presentes efectos, por aquellos casos en que dentro de la esfera mercantil se prohíbe al Agente de Cambio o Corredor actuar en beneficio del notario, entonces forzosamente hay que admitir que, desde la panorámica general del ejercicio de la fe pública extrajudicial en el Derecho Privado, el notario es el permanente y el principal, y el agente colegiado su sustituto, si bien la atribución permanente del carácter de sustituto en el marco concreto de la esfera jurídico-mercantil le dé cierto protagonismo.

Todos estos fedatarios a que me he referido hasta el momento, adquieren el carácter de sustitutos cuando se organiza el Cuerpo Notarial y se atribuye a sus miembros un carácter de fedatarios genérico, para todo el ámbito del derecho privado. Es decir, que, en principio, los notarios tienen competencia para todo lo que sea fedación extrajudicial en esta esfera del Derecho, lo cual no queda desvirtuado por el hecho de que en materias concretas del Derecho Privado, el legislador haya atribuido funciones notariales a otros funcionarios o autoridades en unos casos porque no es posible en todo momento y situación tener a disposición un Notario, y en otros porque la frecuencia y especialización de las relaciones comerciales aconsejan acudir a los servicios de otros fedatarios.

El artículo primero de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de Mayo de 1862 otorga al Notario su facultad auténticante con sujeción a las leyes. Dice textualmente "... para dar fe, conforme a las leyes, ...". El artículo 34 del Reglamento de 2 de Junio de 1944, que atribuye la fedación con carácter genérico, no puede alterar la Ley Orgánica que desarrolla.

Es decir, que si unas leyes posteriores atribuyen competencias notariales a otros funcionarios o autoridades, se encuentra todo el sistema normativo de la fe pública en perfecta armonía y en la más absoluta ortodoxia. La Ley del Notariado organiza y configura al notario como un fedatario genérico y preeminente, pero otras leyes posteriores regulan la fedación en parcelas concretas, supliendo lagunas, al otorgar la función autenticadora a quienes, no pudiendo obtenerse un notario o no siendo necesario ante la simplicidad y tipicidad de las relaciones mercantiles, -- por necesidades de la seguridad jurídica han de ejercitarla.

En efecto, el Código Civil junto con las leyes que aprueban las Compilaciones catalana, aragonesa y navarra, regulan la fe pública ejercida por los párrocos. El Código Civil además del Decreto de 25 de Septiembre de 1941, que en su artículo tercero somete la actuación del fedatario especial a la Ley del Notariado y a su Reglamento, como hace el artículo 40 del Decreto 21 de -- Septiembre de 1963, regulan el ejercicio de la fe pública militar. El Código Civil es la norma relativa a la fedación ejercida a bordo de los buques de guerra y mercantes, lo mismo que es el precepto que rige la fe pública desempeñada por los Cónsules y Agentes Diplomáticos en el extranjero, junto a la Ley del Notariado y al Anexo III de su Reglamento. También la fe pública mercantil está prevista por una ley posterior a la del Notariado de 1862, como es el Código de Comercio, complementado por las normas de inferior rango jerárquico reguladoras de las funciones de los Agentes mediadores colegiados de comercio.

El Código de Comercio en su art. 93 les atribuye la fedación diciendo que tendrán carácter de Notarios, es decir hace referencia a su ejercicio con características notariales.

Las características del tráfico comercial hacen que su regulación se lleve a cabo por el Código de Comercio y las reglamentaciones propias de los cuerpos de funcionarios que la tienen enco

mendada. Estas normas compatibilizan las reales exigencias del tráfico comercial con lo que de fundamental tienen los principios esenciales de la dación de fe notarial, incardinados en la Ley de 28 de Mayo de 1862 y desarrollados en los sucesivos reglamentos - que han ido teniendo vigencia hasta el de 1944. Es esa normativa específica reguladora de la fedación en el ámbito comercial, la - que hace posible el traslado, mediante la oportuna adaptación, de los esquemas jurídicos de los documentos notariales a los mercantiles. Y esa adaptación, como del propio término puede deducirse, se hace desde la normativa notarial y con la mirada puesta en lograr su útil aplicación al tráfico mercantil, es decir partiendo de los principios de la fe pública notarial y acomodándolos, con los matices imprescindibles, al mundo del comercio. Desde esta - observancia y respeto, se atribuye la prestación de la fe pública comercial a unos funcionarios que han de sustituir por ley a - los notarios, en virtud de la especialidad y frecuencia de los actos comerciales. No podrían los notarios encargarse de la fedación de los actos mercantiles sin que se hubiera de ampliar enormemente el número de los integrantes del cuerpo, especializándose estos nuevos notarios en la fedación del tráfico mercantil, con - lo que se llegaría a un mismo resultado, con mayores dificultades corporativas, como sería la existencia de unos notarios, sustitutos, para la materia mercantil, de sus compañeros no especializados competentes en el resto del Derecho Privado.

El Estado por una razón práctica de conservación de la seguridad jurídica, desde épocas muy remotas, estableció el principio de la imposibilidad de discutir lo acreditado por las personas a las que había atribuido la facultad autenticante. A comienzos del último tercio organizó el notariado, y en años siguientes del siglo pasado fue previendo, el ejercicio de funciones autenticantes por otros funcionarios o autoridades. En el Código Civil, cuando no había notario, como en los casos del testamento militar, marítimo o de la autorización de actos jurídicos en el extranjero; en el Código de Comercio cuando la simplicidad, tipicidad o -

frecuencia de los actos mercantiles, aconsejan, aún siendo posible obtener los servicios de un notario, crear un fedatario sustituto; finalmente, y en época reciente, el legislador ordena el Derecho Foral y, también en las Compilaciones, regula la facultad autorizante de los testamentos por los Párrocos y Capellanes en defecto de notario.

Pero esa razón creadora, obligaba precisamente a no desvincular la fedación creada de la primitiva notarial, y a configurar la actuación de los funcionarios a los que se la encomendase como de absoluta observancia de los principios básicos de la autenticación desempeñada por los notarios a los que venían a suplir. Por eso, en los demás casos, la normativa reguladora se remite — con frecuencia a la legislación notarial y, por eso, no se limitó, el legislador mercantil, a la afirmación del artículo 89 del Código de Comercio, párrafo primero, de que "... solo tendrán fe pública los agentes y corredores colegiados...", el legislador del Código de Comercio dispuso el carácter de notarios de los agentes colegiados y lo hizo precisando la forma y las características — que deseaba, las específicas notariales. Por ello los agentes colegiados no solo darán fe, sino que la darán en principio, con — características notariales, pues la fe pública mercantil tiene — unos principios que la informan y que son los principios de la fe pública notarial, con acomodaciones y matizaciones que la hacen — más válida al tráfico mercantil.

Creo aplicable a la actuación de los agentes mediadores — la misma razón justificadora de la actuación de los otros funcionarios o autoridades estudiados. La Ley Orgánica del Notariado de 1862 y sus reglamentos de desarrollo no establecen el monopolio — en poder de los notarios, sino que les configuran como titulares genéricos en la autenticación en el Derecho Privado. Otras leyes posteriores, pues posterior es el Código de Comercio, concretan — más la titularidad del ejercicio de la autenticación, atribuyéndola a unos funcionarios o autoridades en parcelas concretas del —

Derecho Privado. El hecho de que la parcela atribuida a los agentes mediadores colegiados sea mucho mayor que la conferida a los otros sustitutos de los notarios, no desvirtua la razón de esa -- atribución. Esta razón es la imposibilidad de dejar lagunas o favorecer deficiencias en el ejercicio de la función autenticante -- en detrimento de la seguridad jurídica, por la que el Estado debe velar. Y esta razón obliga a suplir la actuación del notario -- con la de otros funcionarios o autoridades. A efectos de la con-- sideración de una intervención sustitutoria es indiferente que -- esa sustitución sea por imposibilidad material de obtener los ser vicios de un notario, como por conveniencia de que, en una parce la concreta del Derecho Privado, como es la del Derecho Mercantil, se encomiende la fedación a los agentes colegiados.

Podría hablarse de una sustitución inevitable y de una -- sustitución conveniente. Pero a fin de cuentas, una sustitución. --

De igual manera que destaqué la existencia de importantes tratadistas partidarios de la integración de la función notarial y la supresión de estas facultades autenticantes que estudio, --- también es preciso resaltar la existencia de autores que no son -- tan reacios, y cuyas opiniones podrían servir para una posible jus tificación doctrinal que apoye mi postura favorable al mantenimien to, por estar plenamente justificada su existencia, del ejercicio de funciones notariales, en sustitución del notario, realizadas -- por funcionarios o autoridades eclesiásticas.

Mengual admite que, por razones especiales, se pueden reconocer facultades notariales a los Agentes Diplomáticos y Consulares en el extranjero, a los Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio, y a las autoridades militares y de la Marina (7).

Velasco (8) fundamenta la existencia de funcionarios con fe pública extrajudicial "en la búsqueda de facilidad, y economía, y en la rapidez que se obtiene simplificando formalidades que no

han establecido los notarios y si la legislación general" es decir, en el propósito de simplificar cuanto fuera posible las solemnidades de algunos actos, a fin de facilitar su realización.

Otra razón de índole práctica es la señalada por Martínez Fuset "las causas que determinan esta amplitud en la autenticación desorbitándola, al parecer, de la esfera de quienes normalmente la desempeñan, son innumerables, no resultando la menos destacada aquella que tiene su fundamento en la imposibilidad de constituir un extenso grupo de funcionarios que siempre, y en todo lugar, puedan llevar a cabo su peculiar misión.

Todos los pueblos -continúa diciendo el citado autor- que han pretendido desenvolver el ministerio de la verdad se han visto imposibilitados a circunscribir el testimonio de ella a una determinada clase y organismo" (9). Esta anomalía -observa también AZPEITIA- no es solo de España sino de todos los países (10).

NERI dice: "Conceptualmente el notariado es magistratura de paz reguladora de derechos en estado normal, pero el grado de su justicia está medido, es decir, el notario solo actúa en función activa respecto de lo que la ley le tiene asignado con precisión. Apuntando una consideración más, sobre este aspecto, puede decirse que el legislador ha sido un tanto pasivo en juridicidad. Por fuerza de ello ha quedado fuera del encuadramiento de la competencia notarial materia de mucha valoración. Testimonio de este aserto es que todavía se desenvuelven, a par de los notarios, órganos funcionales ungidos de verdadera fe pública" (11).

"Escrutando el terreno de lo científico, Leibniz supo decir (Nuevos Ensayos, T. IV, pág. 16) que "la naturaleza no da saltos", natura non facit saltus, o lo que es igual, ha expresado - que la naturaleza no crea especies ni géneros absolutamente distintos; de donde resulta que existe siempre entre ellos algún -

"intermedio" que los reúne. En extricta lógica, esta concepción - del gran naturalista consuela un poco la idea de fondo que clama la dogmática moderna de aglutinar en un solo haz, a modo de género único, todas las manifestaciones jurídicas de neta índole no tarial." (12) Por un lado estas razones y por otro -como decía - Fernández Casado- "la dificultad práctica que presenta la aplicación rigurosa del principio y aún algunas conveniencias a que es prudente atender, explican que haya actos cuya autorización, cayendo realmente en la esfera de la acción del notariado, se halle, sin embargo, a cargo de ciertos funcionarios." (13).

- (1) .- VELASCO, A. de, "Derecho notarial con algunos formularios". Madrid. Ed. Reus, 1941, pág. 30.
- (2) .- Redacción. "Sobre el otorgamiento de testamentos en Cataluña por los curas párrocos". Gaceta del Notariado Español, año 1862, págs. 642 y ss.
- (3) .- Los Secretarios de Ayuntamiento son funcionarios públicos en virtud de formar parte del Cuerpo Nacional después de la integración de los antiguos Secretarios ^{Habilitados} de los pequeños Ayuntamientos en el Cuerpo Nacional de Secretarios de Administración Local con categoría de Secretarios de tercera, que tuvo lugar en el año 1977. Dada la limitación cuantitativa prevista en el artículo 1.324 del Código Civil, la posibilidad de que el Secretario de Ayuntamiento, en defecto de Notario, autorice unas capitulaciones matrimoniales es en la práctica inexistente. Queda simplemente constancia de esta teórica posibilidad que, por su falta de interés, no trataré en mi estudio.
- (4) .- GUTIERREZ DE LA CAMARA, J.M. "Derecho Marítimo". Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Ministerio de Marina. Madrid 1956, págs. 298 y 299.
- (5) .- Entre muchos autores de posible cita en esta materia haré referencia en la doctrina extranjera a Argentino I. Neri con su "Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial" - Ed. Depalma, Buenos Aires 1969 que analiza en el vol. II, págs. 716 a 721 la disgregación del notariado con abundante teoría y citas bibliográficas. En la doctrina española baste citar a:
 - Sancho-Tello y Burgete, V. "Derecho Notarial de España" Valencia. Impr. Alufre 1900, págs. 72 a 79.
 - Fernández Casado, M. "Tratado de Notaría" Madrid. Viuda de M. Minuesa, 1895, págs. 29 a 52.
 - Otero Valentín, J. "Sistemas de la función notarial" Igualada. Graf. Poncell, 1933, págs. 547 a 585.
 - Sanahuja Soler, J. M. "Tratado de Derecho Notarial" Barcelona, Bosch, 1945, págs. 250 a 262.
 - Herran de las Pozas, J.P. de la, "Derecho Notarial" Madrid, Aguilar, 1946, pág. 424.
 - Escobar de la Riva, E. "Tratado de Derecho Nota- -

rial" Alcoy, Ed. Marfil, 1957, págs. 214 a 216.

- Giménez-Arnau y Gran, E. "Introducción al Derecho Notarial" Ed. Rev. D. Priv. Madrid 1944, págs. -- 293 a 298.

- (6) .- CASTAN TOBEÑAS, J. "Función notarial y elaboración notarial del Derecho" Madrid, Reus 1946, págs. 194 y 195.
- (7) .- MENGUAL Y MENGUAL, J.M. "Elementos de Derecho Notarial" - Barcelona, Libr. Bosch 1933, Tomo II, vol. II, págs. 219 a 366.
- (8) .- VELASCO, A. de, op. cit. pág. 31.
- (9) .- MARTINEZ FUSET, L. "El Testamento Militar" Sta. Cruz de - Tenerife, Tall. Margarit 1935, pág. 91.
- (10).- AZPEITIA ESTEBAN, M. "Legislación Notarial" Madrid, Ed. - Reus, 1930, pág. 61.
- (11).- NERI, A.I. "Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial" Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, vol. 2 pág. 716.
- (12).- NERI, A.I., op. cit. pág. 717.
- (13).- FERNANDEZ CASADO, M., op. cit. pág. 29.

C A P I T U L O I I

I.- EL NOTARIADO ECLESIASTICO

El origen del notariado eclesiástico es tan antiguo como - la Iglesia quien tomó la institución de Roma. El Papa Clemente, dividió la Ciudad Eterna en 7 regiones, asignando a cada una un Notario para escribir y custodiar las actas de los mártires (1). En el siglo V el notariado cobra importancia, pasando los antiguos Cartularios a denominarse Notarios que intervienen en los Concilios, extienden las actas de los asuntos eclesiásticos y copian, en forma, de juicio verbal, todo lo que pasaba en la Iglesia, y, en general, intervienen en todas las cuestiones eclesiásticas, de jurisdicción contencioso o voluntaria, que exigen la fe pública (2).

Dada su gran ignorancia en todo lo referente a las letras, los seculares se valían de los notarios eclesiásticos para sus - asuntos, pues en los negocios profanos tenían estos últimos más - crédito y pericia que los legos. Esta actuación en cuestiones temporales, proporcionaba a los notarios eclesiásticos pingües ganancias, por lo que Inocencio III, en su Decretal "sicut te", la prohíbe bajo pena de excomunión (3).

Esta prohibición del Tabelionato o notariado en asuntos civiles, no les afectaba mientras intervinieran en causas eclesiásticas y ante los Tribunales de la Iglesia, pues, por el contrario, - se les imponía estas funciones notariales que implicaban distinciones y privilegios (4). Los Concilios de Basilea (1431), Colonia - (1549), Trento (1545-1563) y Cambrai (1565) confirman esta prohibición.

La Iglesia española tomó la institución del notariado del Imperio, y en nuestro país existieron clérigos encargados de redactar y custodiar las actas de los mártires, anotar las homilias y los documentos episcopales y, en una palabra, dar fe de los asuntos de la Iglesia, teniendo bajo su custodia los documentos eclesiásticos (5).

Aunque en el Fuero Juzgo nada se diga de que los clérigos actuaran como notarios en asuntos temporales, el hecho de que el clero español tuviera en esta época una cultura muy superior a la de las demás clases sociales, el que los clérigos se vieran mezclados en asuntos temporales al tener que luchar contra la morisma, y el que los sacerdotes fueran los censores de los jueces civiles (la Ley III, Tít. I, libro XII del citado Código autorizaba a los Obispos a revocar las sentencias de los jueces seculares cuando no fuesen justas), son circunstancias todas ellas que me inclinan a pensar que los clérigos ejercían la fe pública en asuntos civiles. Fernández Casado ya recogía esta idea en parecidos términos al decir: "No nos parece enteramente desacertada la opinión de los que creen que los Monjes, durante la Edad Media, desempeñaron el oficio de Notarios, Por una parte la fe que indudablemente inspiraría su religiosidad, y por otra la falta de la más rudimentaria ilustración propia de aquellos tiempos, aconsejarían valerse de los religiosos para dar seguridad a los contratos, toda vez que el conocimiento de la lectura y escritura casi se había encerrado con ellos en los Monasterios. Además, la Iglesia prohibió repetidamente a los clérigos el ejercicio de la profesión notarial, medida enteramente inútil si no hubiera existido la costumbre que dejamos apuntada" (6).

En el Fuero Real no se encuentra base para considerar que el notariado estaba vedado a los eclesiásticos. En efecto, por las Leyes del Título VIII del Fuero Real, primer código de Alfonso X, sabemos que existieron en España Escribanos públicos y que la ley regulaba sus funciones; y de este texto legal no podemos deducir -

que se excluyera de estos cargos a los clérigos.

Las Partidas, que en el Tit. IX de la Partida II y en los XVIII y XIX de la Partida III, contienen una regulación bastante completa, para su tiempo, de la institución notarial, se ocupan de los Clérigos-Notarios e inspirándose en las Decretales de los Papas, les prohíben su intervención en asuntos profanos.

Alfonso XI y los monarcas posteriores hubieron de dictar diversas disposiciones confirmando este criterio y prohibiendo el otorgamiento de escrituras en asuntos temporales ante los clérigos notarios (7).

Los Concilios Provinciales celebrados en Tarragona, en 1336 y 1367, y en Salamanca, el año 1565, (8), así como los escritores españoles de los siglos XIV al XVIII (9) precisan que esta prohibición no alcanza a su actuación en el terreno religioso, -- pues no sólo está permitido a los ordenados "in sacris" ser notarios eclesiásticos, sino que les está impuesta la intervención en las causas de jurisdicción eclesiástica.

La Pragmática de Carlos III, dada en el Pardo el 18 de Enero de 1770, pretendió organizar a los notarios eclesiásticos como a los civiles, obligándoles a pasar examen ante el Consejo Real y a tener título y "fiat" de Notaría de Reino. De la anterior disposición no se deduce que a los clérigos se les prohiba actuar como notarios en asuntos y causas de la jurisdicción eclesiástica. Sigamos el razonamiento de Fonseca: "Al interpretar una Ley, es necesario tener en cuenta las que le precedieron, y con más razón las vigentes en una época, hasta conocer la mente del legislador".

Figura esta pragmática en el mismo Título de la Novísima (10) con otras dos leyes dictadas por Alfonso XI; la primera de éstas dejó en libertad a los legos para otorgar los actos que afec--

tan a la jurisdicción eclesiástica, ante los Vicarios y Notarios - eclesiásticos, es decir, ante clérigos, y de la segunda (y en esto también está de acuerdo Acevedo) se deduce, que los clérigos de mayores podían ser Notarios en el Tribunal Eclesiástico.

Tenemos que reconocer -continúa Fonseca- o que el Rey incurría en el error de dar eficacia al mismo tiempo a disposiciones contradictorias o hemos de interpretar la última pragmática por - las anteriores, como manda la hermeneutica legal, y sacar la consecuencia, que lógicamente se deduce, de que los asuntos a que alude la de Carlos III, son los temporales que pertenecían a la jurisdicción eclesiástica, pero no los estrictamente espirituales y canónicos, los cuales, en las antedichas leyes, tan claramente se declaran válidos, aunque fuesen otorgados por legos ante los Vicarios y Notarios o Escribanos Sacerdotes.

En resumen, la pragmática de Carlos III, aunque regalista y contraria al derecho de la Iglesia, solo prohíbe a los clérigos intervenir como notarios en las causas del fuero común y en los - temporales de que entonces juzgaban los Tribunales de la Iglesia. Era gracia lo en ella contenido y jamás tuvo fuerza de obligar cayendo en desuso" (11).

La Ley Orgánica del Notariado, de 28 de mayo de 1862, no - establece nada respecto a los notarios eclesiásticos, pues el legislador, siendo consciente de su existencia (el artículo 10 al señalar las condiciones para ser notario requiere la de ser seglar), considera la necesidad de que los regulen otras leyes (12).

El Código Civil, como resulta lógico, se limita a incluir a los notarios eclesiásticos entre los que autorizan el consentimiento y consejo para el matrimonio, en su artículo 48.

II.- LAS FUNCIONES NOTARIALES DE LOS PARROCOS EN EL DERECHO PRIVADO

Estas funciones se llevan a cabo, en la esfera del estado civil, con su intervención en los expedientes matrimoniales, cuando el matrimonio sea conónico, y, en la esfera de la sucesión, con las facultades autorizantes otorgadas en ocasiones a los párrocos.

Su actuación fedataria en los expedientes de matrimonio canónico, alcanza todo el territorio español, ya que en las regiones forales, no teniendo su régimen jurídico variante alguna en esta - materia, respecto al derecho comun, rige éste como supletorio y por tanto el artículo 48 del Código Civil.

La función autenticadora en materia de testamentos, está - circunscrita a aquellas regiones en que su derecho escrito o con--suetudinario ya la reconocía. Concretamente se manifiesta en Cata-luña, Aragón y Navarra, con la institución del testamento ante pá-rroco o quien ejerza las funciones de éste.

A) En los expedientes de matrimonio canónico

Antes de iniciar el estudio del testamento parroquial, ob-jeto de mi mayor atención, haré unas breves consideraciones sobre la función fedataria de los párrocos y notarios eclesiásticos en - expedientes de matrimonio canónico.

El Estado español siempre ha reconocido carácter notarial a los Párrocos, y ya la Ley 1ª, Tít. XIV libro II de la Novísima de 1325 reconocía, en el orden civil, el carácter notarial de los pá-rrocos en "causas de la jurisdicción de la Iglesia".

Este reconocimiento fue sancionado como Ley de la Nación,

al admitir como tal lo dispuesto en el Concilio de Trento.

En este Concilio se atribuye a los párrocos la fe pública, al instituirles como notarios del acto de la celebración del matrimonio, que autorizan con su presencia. Debían llevar un libro en el que anotaban todos los matrimonios celebrados. Levantaban las actas matrimoniales que luego archivaban y, en general, dan fe de todos los actos de la vida cristiana.

El Fuero Juzgo y las Partidas obligaban a los hijos a solicitar el consentimiento o consejo para el matrimonio, de cuyo otorgamiento daba fe el párroco. De las Leyes 9 a 18 del Tít. II libro X de la Novísima Recopilación, lo mismo que de los textos anteriores, se deduce que el consentimiento se acreditaba ante el párroco que daba fe, interviniendo únicamente la jurisdicción civil cuando se negaba, puesto que esta justicia no actuaba para dar fe del otorgamiento, sino para otorgar el consentimiento negado injustamente por los padres (13).

La Real Orden de 1 de diciembre de 1837, manda a los párrocos dar fe, en las partidas de casamiento, de "haber precedido todos los requisitos requeridos para la validez y legitimidad de este contrato sacramental", entre los cuales está el consentimiento. Como no había disposición alguna que mandara constar el consentimiento de otra forma, a la fe de los párrocos quedaba el acreditar que se había cumplido con esta condición.

La Ley de 20 de junio de 1862 sobre el consentimiento y consejo paterno para el matrimonio, no determina la forma de acreditar el consentimiento y, dado que las leyes anteriores subsistían en lo que no se opusieran a ésta, el consentimiento se continuaba otorgando únicamente ante el párroco.

Una R.O. de 17 de Noviembre de 1864 dispone que "quedan -

sin efecto las habilitaciones hechas por los Obispos a los Párrocos en orden al consentimiento y consejo paterno para el matrimonio". Supone una concesión a las reclamaciones de algunos Colegios Notariales y resulta ilegal pues va en contra del Concordato de 1851, ley española concordada.

La R.O. quedó abrogada por el Decreto Ley de Unificación de Fueros, que reconoció a la Iglesia la más amplia libertad en las causas Sacramentales, entre ellas la del matrimonio, y como consecuencia, tácitamente, la facultad de conocer y definir quienes podían o no ser Notarios eclesiásticos, que en las mismas habían de intervenir.

Hasta el establecimiento del Registro Civil en 1870, el Estado reconoció a las Partidas Sacramentales, extendidas y autorizadas por los Párrocos, como a los documentos emanados de los demás archivos eclesiásticos, fé pública.

A dichas partidas, no solo en cuanto al acto, cuya existencia se hacía constar en ellas, sino también respecto a la naturaleza y filiación de las personas, objeto del mismo acto, se les reconoció fe pública para efectos civiles.

Establecido aquel Registro, el Estado ha seguido reconociendo el mismo valor a las partidas de bautismo, matrimonio y defunción relativas a época anterior a 1870.

Por el R.D. de 9 de enero de 1908, que concede el "pase regio" al Decreto Ne Temere (1.907), se vuelve a reconocer el carácter notarial de los párrocos, ante los que se otorgarán los actos de esponsales, y quienes autorizarán los matrimonios, que inscribirán en un libro parroquial.

El artículo 48 del Código Civil establece en la redacción

dada por la Ley de 24 de abril de 1958 que "Antes de la celebración del matrimonio, los contrayentes habrán de acreditar que obtuvieron la licencia.

En ambas clases de matrimonio bastará para ello documento que haya autorizado un Notario o el Encargado del Registro Civil - del domicilio del solicitante.

Cuando se trate de matrimonio canónico, podrá ser también autorizado el documento por el Párroco o por un Notario eclesiástico co".

Habilita, solo para el matrimonio canónico, al Notario - eclesiástico y al párroco, y demuestra lo equivocado de interpretaciones contrarias a la actuación como Notarios eclesiásticos de - los párrocos, que se habian producido entre los legisladores. (Recuérdese la R.O. de 8 de febrero de 1913). Además, la actual redacción recoge una tradición que arranca en el Concilio de Trento y - que también había sido recogida por disposiciones como la R.O. de 11 de marzo de 1915.

Si los contrayentes habrán de acreditar, antes de la celebración del matrimonio, que obtuvieron la licencia y para esta - acreditación será suficiente documento autorizado por párroco o notario eclesiástico, puede fácilmente surgir la pregunta de si la - licencia podrá ser revocada y si el documento, en que conste la revocación, podrá ser autorizado también por párroco o notario eclesiástico.

En el expediente matrimonial podrá constar, en documento - autorizado por el párroco o notario eclesiástico, la desautorización paterna para el matrimonio de los hijos. Esta desautorización podrá, sin duda, ser revocada, pues siempre será permitido mejorar el estado personal en cuanto el ejercicio de una libertad natural

cual es la de tomar estado. Esta revocación se producirá por documentos autorizados por notario eclesiástico o párroco.

Por el contrario, entiendo no puede el padre revocar el consentimiento favorable, si bien no hay resolución legal explícita que así lo determine; por lo cual es necesario, para razonar mi proposición, acudir a los principios generales del Derecho y a las prescripciones legales para casos análogos o similares.

Y primeramente es de notar un hecho singular en el examen de las disposiciones en la materia (Ley 8ª, Tít. II, libro III Fuero Juzgo; Ley 5ª, Tít. I, libro III, Fuero Real; Ley 5ª, Tít. III, partida IV de las Partidas; Ley 9ª, 18 Tít. II, libro X de la Novísima Recopilación; Ley de 20 de junio de 1862; artículos 45 a 49 del C.C. en su redacción del 58), y es que en ninguna se habla de revocación del consentimiento, es decir que parece descubrirse de su silencio que lo consideran definitivo, firme e irrevocable.

Ya se considere la licencia como acto de liberalidad o como acto de carácter oneroso -puesto que existen dos personas, el hijo que pide y el padre que otorga-, parece razonable considerarla como irrevocable, una vez que haya sido concedida. Dicha autorización atribuye al hijo un derecho, que éste acepta implícitamente al solicitarla. Pero un derecho cedido y aceptado por tercero no puede retirarse sin permiso del adquirente. A la repetida autorización, por lo que tiene de donación, deben aplicarse la regla "nadie puede ir válidamente contra sus propios actos", cuales son aquellos, que como expresión del consentimiento, se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho (Sts. T.S. 1-12-1886, 10-3-1890, 26-9-1888).

De lo expuesto resulta que la autorización paterna para el casamiento de los hijos es irrevocable, pudiendo procederse a celebrar el matrimonio. Exceptuase el caso de motivar la revocación -

una causa que impida sea lícito el pretendido matrimonio, causa cuya existencia y gravedad relativa deberán probar evidentemente los desautorizantes, asistiendo a los hijos la presunción de su justicia con sólo presentar el documento legalizado que una vez los autorizó a tomar estado.

La revocación, en este supuesto de ilicitud del matrimonio, se producirá en virtud de decisión adoptada en causa judicial canónica, y el documento en el que conste será autorizado por Notario eclesiástico en funciones fedatarias en lo judicial, por lo que ya no entra dentro del ámbito de este estudio.

B) En las disposiciones testamentarias: el testamento parroquial

Los Reinos de Cataluña, Aragón y Navarra, influidos en mucha mayor medida, primeramente por el derecho romano y después por el derecho canónico, habían de ser, el primero de ellos la cuna, y los tres escenario de una institución, como el testamento parroquial, desconocida en Castilla, cuyo derecho no había recibido principios inspiradores de derecho canónico. No obstante ya en el siglo VII, encontramos en Castilla algún rastro en demostración de que la España gótico-cristiana concedió a las autoridades de la Iglesia una legítima intervención en materia de testamentos, no precisamente como solemnidad para otorgarlos, pero sí en cuanto a los medios legales para acreditar la autenticidad de las últimas voluntades, estableciendo, bajo la jurisdicción de los Obispos, un requisito semejante al de la adverbación o abonamiento que todavía está en uso en las comarcas forales de Aragón y Navarra (14).

Después de esto, nada en los antiguos cuerpos legales de Castilla permite suponer intervención directa ni indirecta de persona eclesiástica en la formalización del testamento, sin duda por no haber tenido el derecho canónico autoridad legal en el territo-

rio de Castilla.

En la Ley 12, Tít. I, Part. VI de las Partidas se observa alguna relación entre Iglesia y testamentos en lo referente a la custodia cuando declara que se pueden hacer varios ejemplares y de ellos llevar el testador uno consigo "e las otras puede poner en algund logar seguro, assi como en Sacristanía de alguna egleisia o en guarda de algund amigo".

Posteriormente. ni en el Ordenamiento de Alcalá, ni en las leyes de Toro, ni en la Novísima Recopilación, encontramos nada acerca de la facultad de los párrocos en materia testamentaria.

En efecto, las leyes de Castilla no han admitido la doctrina derivada del derecho canónico, ni la jurisdicción temporal que en otros países había ejercido la autoridad eclesiástica en materia de testamentos, como contraria a los fueros y privilegios concedidos por los Monarcas para la elección de oficios (15); y en ningún tiempo han concedido a la clerecía el ejercicio de la fe pública en materias temporales, antes al contrario, se le ha vedado expresamente, como lo demuestran algunas leyes recopiladas, que no sólo impiden desempeñar este oficio en negocios de legos a los clérigos y religiosos, (16) sino aún a los escribanos de tal condición, Notarios apostólicos y eclesiásticos, bajo las más severas sanciones (17). Esto no obstante, creo que en siglos pasados pudo darse el caso de que en territorio castellano se autorizasen testamentos por algunos clérigos, con carácter de Notarios eclesiásticos, en pueblos dónde no los hubiese de número o reales; no precisamente por excepción o privilegio que en este sentido se introdujera, sino por práctica nacida al amparo de una interpretación del texto legal.

Me refiero a una pragmática sanción dada en 1770 por el Rey Don Carlos III, que es la Ley 6ª, del libro 2º, tít. 14 de la Noví

sima Recopilación. Establécese en ella los requisitos y formalidades para el nombramiento de Notarios numerarios, que llamaban mayores, de los Juzgados eclesiásticos, y de los que se titulaban ordinarios, de los cuales se dice habrán de fijar los Prelados diocesanos el número que respectivamente necesite cada uno de su diócesis, ya para que estén de asiento en los pueblos, ya también para Rectores, o para practicar diligencias fuera de la capital; y una de las condiciones que se exigen a esta segunda clase de notarios, es la de que no sean regulares, previniendo S.M. que para dichos notarios de diligencias o de partidos hayan de nombrar los Ordinarios eclesiásticos a los que tengan título de Escribanos Reales, con el objeto -dice- "de que al mismo tiempo puedan servir en los pueblos donde no los haya para asistir a rondas, otorgar testamentos y otras cosas". Si, pues, los clérigos no regulares, que por otra parte consta que podían tener título de Escribanos Reales, se hallaban en condiciones de desempeñar aquellas notarías, cabe suponer con fundamento su intervención en actos de última voluntad.

III.- EL TESTAMENTO PARROQUIAL

1) Generalidades

Al analizar la institución del testamento parroquial, existente en los territorios forales de Cataluña, Aragón y Navarra, la primera consideración es la relativa a la distinta dimensión o entidad que esta forma testamentaria presenta en Cataluña, respecto a los otros territorios, desde el punto de vista de ejercicio de funciones fedatarias por los Párrocos autorizantes.

En efecto, no puede ponerse en el mismo plano, a los efectos autenticadores, la función desempeñada por el Párroco en Cataluña, donde ejerce verdaderas funciones notariales, y la actividad

fedataria, en cierta medida disminuida por la adveración, de los Párrocos en Aragón y Navarra. En Cataluña, el testamento, que tendrá todas las solemnidades de los celebrados ante Notario, se considera documento auténtico y hace fe plena sin necesidad de que un órgano jurisdiccional declare su autenticidad. En Aragón y Navarra, tienen lugar unas actuaciones ante el Juzgado al objeto de adverar, es decir, prestar autenticidad, no ya aspectos parciales o concretos, como pueden ser las firmas, sino el mismo testamento en su conjunto y sustancia.

En Cataluña el testamento autorizado por Párroco se considera auténtico, y la certeza que el Poder público impone se deriva de la sola intervención del Párroco como "testigo público", con independencia de que el testamento haya de protocolizarse, pues esto es una cuestión de conservación del documento. El procedimiento para que un testamento parroquial catalán se incorpore a un protocolo notarial no está fijado por lo que, como luego veremos, en la práctica no se lleva a cabo hoy día, y los otorgamientos de testamentos ante Párroco son relativamente frecuentes. En todo caso el Notario que fuere a incorporar el testamento a su protocolo no actuaría sobre el documento y su contenido, sino que efectuaría su protocolización mediante acta notarial autorizada a requerimiento de las personas señaladas en el art. 226 del Reglamento Notarial.

Por el contrario en Aragón y Navarra es precisa la adveración del testamento. Adverar es dar autenticidad y esta se derivará no de la intervención del Párroco o Clérigo, sino de que un órgano judicial estime acreditada la autenticidad del testamento. Es decir, no se trata aquí de intervención de un Juez para, a instancia de la parte interesada, dictar la providencia ordenando la elevación a escritura pública y la protocolización notarial, como sucede con los testamentos militares. El Juez, merced a los juramentos que ante él prestan, no solo los testigos sino también el Párroco, y al resultado de las diligencias que, en orden a la comprobación, pueda ordenar, declara auténtico el testamento. Se adopta

un procedimiento semejante al seguido para el testamento ológrafo en el que no interviene notario, con lo que puede fundadamente estimarse que la actuación del Párroco o Clérigo en Aragón y Navarra es la de un testigo cualificado del testamento, pero no un "testigo público", cuya presencia motive el que el Poder público imponga a todos la creencia de la certeza de lo por él presenciado.

La certeza y eficacia concedida por el Poder público a los actos autenticados por un fedatario en quien él delega, que es en lo que consiste la fe pública, no se deriva de la intervención del Párroco o Clérigo. Por el contrario es consecuencia de que el Juez declara auténtico el testamento, lo que significa que tiene lugar un acto de jurisdicción voluntaria en el que el sello de autenticidad ha sido prestado por un órgano judicial.

En Aragón y Navarra el derecho foral escrito coloca en principio al Párroco o Clérigo en la posición de autorizante, pero en unas ulteriores diligencias judiciales indispensables, se sitúa al mismo en el papel de quien, por tener que jurar, desempeña el - de un testigo, aunque sea cualificado.

Refiriéndose a la adverbación del testamento parroquial en Aragón dice Pantoja lo siguiente: "En Cataluña los párrocos extendieron en algunos tiempos pasados sus facultades no solo a dar fe de los actos testamentarios sino a certificar de toda clase de actos y contratos, como lo demuestra la Real Provisión de 29 de Noviembre de 1736 que dispuso que en adelante careciesen de aquella facultad limitándose a intervenir en las últimas voluntades, caso de que faltase Escribano.

En Cataluña como el párroco era antes funcionario de la fe pública para todo, y desde la fecha en que se dictó la Real Provisión de 29-11-1736, para el efecto de intervenir en las últimas voluntades a falta de Escribanos, el testamento otorgado ante él y -

testigos es solemne; está contenido en documento público y por consiguiente no hay necesidad de trámites posteriores ni de actos judiciales subsiguientes para darle autenticidad. En Aragón, a diferencia de Cataluña, el párroco no se halla revestido de las funciones de la fe pública, y como, por consiguiente, el testamento carece de autenticidad, es necesario un acto posterior judicial y solemne para que pueda por sí constituir prueba plena y dársele fe entera en juicio: la adveración" (18).

Por ello, si bien no puede prescindirse por completo del estudio de la institución del testamento parroquial en Aragón y en Navarra, por ser una variante de la forma testamentaria seguida en el territorio donde mayor influjo tuvo el Derecho canónico, Cataluña, la sistemática que seguiré en este capítulo de mi trabajo será la de analizar en profundidad la institución del testamento catalán, haciendo algunas consideraciones sobre las particularidades que presenta en las otras dos regiones forales.

2) Consideraciones históricas

A) En Cataluña

Delimitado el marco territorial de la institución del testamento parroquial, iniciaré el estudio de la misma en las regiones en que tiene vigencia, comenzando por Cataluña.

En el Derecho romano antiguo intervenía el elemento sacerdotal en los testamentos, bien formando parte en época primitiva de las asambleas del pueblo ante los cuales se declaraba la voluntad del testador (*in calatis comitiis*), bien concurriendo más tarde a la solemnidad del testamento "*per aes et libram*", bien encargándose, como sucedió con las vestales, de custodiar "*in oede sacra*" las tablas en que se consignaban las disposiciones testamentarias (19).

Resulta lógico pensar que los primeros cristianos, amenazados constantemente de muerte, encomendasen a los Obispos y Presbíteros, con quienes frecuentemente convivían, sus últimas voluntades.

En el Derecho romano cristiano se acostumbraba a nombrar a los Obispos y clérigos ejecutores testamentarios de las disposiciones en favor de los pobres y, en general, de todas las mandas pías. La costumbre de encomendar la guarda, ejecución y arbitraje de las disposiciones testamentarias a los clérigos, continuó durante los siglos siguientes. Las autoridades eclesiásticas, incluidos los Papas, hubieron de dictar resoluciones frecuentísimamente en esta cuestión, lo que motivó una auténtica jurisprudencia en la materia, que encontramos establecida ya en el siglo XII, y la atribución a la Iglesia de una verdadera jurisdicción sobre cuestiones testamentarias. Esta jurisprudencia pasó al cuerpo legal de las Decretales (20).

Resulta muy difícil fijar el momento en que los clérigos comienzan a intervenir en el otorgamiento de los testamentos, con carácter y funciones propias de la fe pública. La supremacía intelectual del elemento eclesiástico, la falta de organización y desarrollo del notariado profano, y la naturaleza de un acto que, por las circunstancias que acompañan a su celebración, era considerado por aquellos pueblos medievales, profundamente religiosos, como -- parte del ministerio sacerdotal, suministra base para creer que la Iglesia, desde los primeros siglos, atendía la necesidad general -- de redacción y autenticación de los testamentos.

"El estado de derecho antes del siglo XII es motivo --dice López Orriols-- para suponer que ya con anterioridad al Pontificado de Alejandro III debía ser muy general en los pueblos cristianos la práctica de intervenir el clérigo o párroco en los actos y otorgamientos, así inter vivos como por causa de muerte.

Inculto y olvidado el derecho romano; no elevados todavía a formal disciplina jurídica las fuentes escritas del derecho canónico; regidos los pueblos por legislaciones particulares, de parcial e incompleta estructura, y más bien de elaboración consuetudinaria, no podrían tener las instituciones de derecho positivo aquella extensión, generalidad y fijeza, ni las formas externas de los actos jurídicos aquella seguridad y precisión que nacen de la unidad y permanencia de un sistema de derecho sólidamente arraigado y de un criterio legal claramente definido.

En esta situación, doblemente difícil por lo agitado de los tiempos, solo la Iglesia tenía autoridad y prestigio bastantes para suplir, con su acción tutelar, cuanto la sociedad habría demandado en vano a los poderes y a las leyes civiles; y a ella en efecto acudían los pueblos solicitando su intervención y concurso en todos los negocios humanos" (21).

Ya en documento de principios del siglo nono se ve figurar a los clérigos como escritores o redactores de ellos, práctica que sin duda se extendió a los testamentos y continuó en los tiempos posteriores, recibiendo sanción canónica el año 1170 por Alejandro III, quien dispuso que valiesen los testamentos otorgados ante el Párroco y dos o tres testigos idóneos, no obstante cualquiera ley o costumbre en contrario (22).

Santamaría recuerda que "la facultad reconocida en Cataluña a ciertos clérigos, y singularmente a los párrocos, durante una serie de siglos, para desempeñar con mayor o menor extensión, según los tiempos, las funciones de la fe pública, debió tener origen remotísimo y nos persuade de ello el hecho singular de que al encontrarlo por primera vez mencionado en nuestras Constituciones, no vemos que sea para crear o conceder una prerrogativa no disfrutada hasta entonces por el estamento eclesiástico, sino a título de verdadera restitución de un estado de derecho más o menos per-

turbado por otros de violencia o despojo. Nos referimos a la constitución 3ª, libro 8º, Título 1º. (De la violencia y restitución - de los despojados), vol. 1º que es el capítulo 9º de las Cortes celebradas por Don Pedro I de Barcelona el año 1283", (23).

El Rey Don Jaime, en una pragmática de 30 de mayo de 1302 (Constitución 1ª, Tít. 5º, vol. 2º) establece que aquellas personas eclesiásticas que, por razón de sus beneficios, o por otra justa causa, privilegio o antigua costumbre, tenían anejo a su cargo el oficio de la fe pública, podrían seguir desempeñándolo si lo hiciesen personalmente, pues en otro caso, deberían confiar la Notaría o Escribanía a personas legas.

Se suscitaron dudas acerca de la interpretación de la anterior pragmática por lo que fue necesario que D. Alfonso III, en otra pragmática dada en Daroca a 19 de Agosto de 1328 (Const. 4ª, Tít. 5º, libro 1º, vol. 2º de las Const. de Cataluña) prohibiese - el oficio de notario al "clérigo no casado, que tenga corona, aunque no la lleve y vista como lego, y a los clérigos casados que lleven tonsura y vestidos clericales", pero expresamente declara - el monarca, que con lo dicho no entiende "derogar en cosa alguna a las iglesias y rectores de las mismas, en las Notarías y Escribanías que les competen en nuestros lugares, de que puedan seguir el oficio de las mismas y ejercerlas por clérigos y legos, según lo - había permitido su antecesor el Rey D. Pedro y habían acostumbrado hacer".

Reconocida, pues, en tales términos la cualidad de notarios públicos a los eclesiásticos encargados de la cura de almas - en las iglesias y parroquias, no fue obstáculo que en las Cortes de Montblanch (año 1333) dispusiera Don Alfonso III que solamente los notarios públicos, pudiesen recibir los testamentos ni que en las Cortes de Monzón (año 1363) ordenara D. Pedro III que la prece-dente ley se hiciese extensiva a los codicilos, donaciones por causa de muerte y cualesquiera últimas voluntades, (Const. 1ª y 2ª, -

tít. 1º, libro 6º, vol 2º) pues por tales notarios se tenían a los curas, rectores y sus tenientes en sus respectivas feligresías, los cuales indistintamente autorizaban toda clase de actos y contratos entre personas legas y sobre cosas profanas, ya que la limitación de sus funciones a los otorgamientos de última voluntad no les fue impuesta sino hasta el siglo XVIII, con la Real Provisión de 1736. Demostración de que dichos eclesiásticos tenían el carácter de notarios, no de un modo subsidiario y accidental como sucede hoy día, sino, por decirlo así, con derecho propio, es un capítulo de Cortes de las celebradas por Carlos en Barcelona el año 1520 (Const. 1ª, tít. 14, libro 1º, "De los actos y escrituras de Notarios difuntos"). Es un precepto reglamentario de organización notarial, - por cuyo medio se quiso poner término al abuso experimentado a la sazón, de que los actos y escrituras de un notario difunto, quedasen en manos "de viudas, mercaderes, menestrales y capellanes" y - al efecto se ordenó que después de transcurridos nueve días de la muerte de algún notario, en cualquier lugar real del Principado de Cataluña y Condado de Rosellón y Cerdeña, los curas párrocos con - otros notarios del Colegio, en los lugares en que lo hubiese, y - donde no lo hubiese, los Regidores de la Universidad, se incautasen, mediante inventario, de las escrituras y documentos del funcionario difunto, y con el beneplácito de su heredero, encomendasen su custodia a otro notario (24).

Por tanto en Cataluña los encargados de la cura de almas - eran desde tiempos muy remotos verdaderos depositarios de la fe pública extrajudicial para toda clase de actos y contratos comparatiendo la recepción de toda clase de escrituras, contratos, testamentos, etc. con los oficiales públicos del orden civil. Podía decirse que esta actuación era una función aneja al Curato y formaba parte del régimen notarial en Cataluña.

En casi todos los Archivos de las parroquias de Cataluña, existen aún, más o menos bien conservados, pergaminos en los cuales se contiene la fe pública de sus respectivos rectores y curas

de almas que hacían las veces de éstos en la autorización de escrituras o instrumentos públicos. Estos archivos de instrumentos notariales, se redactaban y custodiaban con esmero, como prueba el examen del tít. V del libro II de las Constituciones de la Diócesis - Tarraconense, que pueden calificarse de trabajo escogido de legislación en esta materia y que lleva el rótulo "De fide instrumentorum" (25).

El desempeño de funciones notariales en materia de testamentos, estuvo, como fácilmente puede suponerse, casi exclusivamente limitado a los territorios en que tenía vigencia el Derecho Canónico, como es el caso de Cataluña, fundamentalmente, Aragón y Navarra. En estas regiones cristalizó en la institución del testamento parroquial cuyo origen y fundamento legal se encuentra en el Decreto del Papa Alejandro III contestando al Obispo de Ostia, ya mencionado, que fue incorporado a las Decretales de Gregorio IX, constituyendo el cap. 10 Cum esses, del tít. 26 "De testamentis et ultimis voluntatibus", correspondiente al Libro III de dicho Cuerpo legal.

Concedida la facultad de autorizar testamentos a los párrocos en las Decretales, consideraron los canonistas que el derecho divino podía imponerse en las cosas de derecho civil con carácter obligatorio, aun cuando hubiese costumbre contraria. De esta suerte, aunque fuese práctica el recibir testamentos ante siete testigos, bastarían con dos o tres para los testamentos que autorice el párroco, si bien, como señala GRAÑANIETO, no impide el precepto de la Decretal, que sean más de dos o tres los testigos si mayor solemnidad quiere darse al testamento (26).

De la lectura de la Decretal resulta en concreto, según los canonistas, que ésta dispone que el testamento, aún cuando no sea para pías causas (pues se discutía si sólo para esto servían tales testamentos) otorgado ante el párroco y dos testigos vale, no sólo ante el fuero eclesiástico sino también ante el civil, no

obstante costumbre contraria (27).

Dice así la decretal en la parte dispositiva: "testamenta que parrochiani coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis -- personis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma decernimus -- permanere, sub interminationes anathematis prohibenti, ne quis hujusmodi audeat rescindere testamenta".

En contra de la situación actual de la expresión coram -- presbytero suo, parece deducirse que está vedado este testamento a los forasteros o transeuntes, mientras que la expresión "in extrema", no debe interpretarse como que se trata de un testamento otorgado al tiempo de la muerte, porque, como dice PELLA, el testamento hecho en cualquier tiempo se considera in articulo mortis desde el momento que se persevera en esta voluntad hasta morir (28).

El contenido de esta Decretal es parte integrante del régimen jurídico civil catalán en virtud del capítulo de Corte 40 de las Cortes de Barcelona de 1599, que es la constitución única del título 30 del Libro I, vol. I de las Constituciones de Cataluña.

El testamento ante párroco es una institución consuetudinaria que "es --dice BOADA-- privilegio antiquísimo en Cataluña, nacido al amparo del Derecho Canónico (Decretales Gregori IX, lib. -- III, tít. XXVI, Cap. 10) supletorio del Derecho civil en esta región (en el libro I, tít. 30, vol. I de las "Constitucions y altres Drets de Catalunya", edic. de 1704, Const. I se dispone en este sentido" (29).

Cuando Felipe V abrogó los órganos legislativos de Cataluña derogando su constitución y deshaciendo sus tribunales, por el paragrafo 56 del decreto denominado de Nueva Planta, de 16 de enero de 1716, hizo la excepción de dejar subsistente sin alteración su régimen jurídico; y en consecuencia las facultades parroquiales que

daron también en él.

Pocos años después, el Capitán General del Ejercito de Cataluña, que ejercía también las funciones de Gobernador, General - Ignacio Francisco de Glimes, obtuvo de Felipe V una Real Provisión, de 29 de noviembre de 1736, para tratar de evitar "el abuso continuado con que los notarios apostólicos de ese Principado ejercen - funciones notariales "sin la autoridad real"; determina, "declarar nulos y de ningún valor ni efecto todos los testamentos, contratos, y demás escrituras hechas y que se hiciesen por los notarios meramente apostólicos, entre legos y sobre cosas profanas, a los cuales no se les de fe ni crédito por ninguno de nuestros reales tribunales", exceptuando solamente "que los curas, rectores o sus tenientes sólo han de poder otorgar testamento o últimas voluntades cada uno en su distrito, territorio o feligresía, no habiendo en ella escribano real o numerario, y siendo en el papel sellado que le corresponde".

Las autoridades eclesiásticas y la clerecía de la provincia eclesiástica tarraconense, atendiendo a la perturbación que - producía esta Real Provisión, hacen arduas gestiones a fin de conseguir que fuera modificada. Lo consiguieron en parte mediante - otra Provisión de 8 de Junio de 1739 que, al no modificar lo instituido por la anterior sobre las facultades testamentarias parroquiales, implícitamente las confirma de nuevo.

Este estado de cosas va a subsistir hasta que la promulgación de la primitiva ley de enjuiciamiento civil, de 5 de Octubre de 1855, fijó un procedimiento para la protocolización de los testamentos otorgados de palabra. Aunque sea imposible, en derecho, - que una ley adjetiva, como es la procesal, modifique un derecho sustantivo, el desconocimiento del derecho catalán por buena parte de los que constituían los organismos centrales y el hecho de que dicha ley en sus artículos no mencione el caso del testamento parroquial hizo que fuese interpretado, este silencio, como deroga--

dor de las facultades. En consecuencia, dándose pie en dicha ley de Enjuiciamiento Civil a que los organismos jurídicos se negaran a - dar validez a los testamentos parroquiales, se inició una práctica prohibitiva.

Al ser publicada la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, las dudas permanecieron, y la situación devino tan confusa que la Audiencia de Barcelona hizo una consulta al Gobierno con el fin de aclararlo. La contestación fue precisada en la R.O. de 15 de diciembre de 1863, la cual, decretó que, a pesar de la promulgación de - la ley del notariado, permanecían subsistentes las facultades parroquiales, según determinaba la ya mencionada Real Provisión de - 29 de noviembre de 1736. Asimismo la subsistencia de esta última - provisión, fue declarada por entonces, en algunas Sts. del T.S. co - mo las de 28 de enero y 25 de Octubre de 1861, 8 de enero de 1866, 30 de noviembre de 1867; 29 de diciembre de 1870 y 28 de diciembre de 1872 y con cierta posterioridad por las de 5 de junio de 1905 y 21 de junio de 1909.

Al promulgarse, el año 1889, el vigente Código Civil español, después de unos vivísimos movimientos de defensa, se consigue que su artículo 12 sea redactado en el sentido de dejar subsistente en toda su integridad el régimen jurídico catalán, escrito o - consuetudinario, y, en consecuencia, también la vigencia de la anterior aludida Ley de las Decretales y las facultades que de ella se derivan.

Por lo que respecta a los documentos, es preciso resaltar que en los archivos parroquiales existen multitud de testamentos - autorizados por los párrocos ya desde antes del siglo XII hasta - tiempos actuales. Hoy día los archivos parroquiales conservan - - abiertos, puesto que tienen un relativo movimiento, los libri testamentorum. Es decir, la institución del testamento ante párroco - no es algo de derecho histórico, sino de completa actualidad, pues

se continuaban en los tiempos actuales otorgando testamentos ante párrocos, aunque éstos no estén demasiado preparados para autorizar testamentos y hayan de acudir a formularios. Estos formularios ya aparecían en rituales de los siglos XVII y XVIII de algunas diócesis catalanas, para que los párrocos pudieran tomar patrón en la redacción de los testamentos. Dichos formularios estaban incluidos normalmente en los mismos volúmenes donde figuraban los ritos de administración de los últimos sacramentos (30) y en ellos a veces aparecían fórmulas complicadas estableciendo fideicomisos, o creando vínculos reales y perpetuos, lo que trajo no pocos conflictos. En el Sínodo de Gerona del año 1681, que presidió el Obispo Severo Auther, se decidió suprimir una cláusula del formulario del "Ordinario Nuevo" debido a los conflictos que acarreaba (31).

La Ley de 21 de julio de 1960 viene a aprobar la Compilación del Derecho Foral de Cataluña y regula la institución del testamento ante párroco en su artículo 102 cuyo texto es el siguiente: "En localidad sin Notaría demarcada o vacante se podrá otorgar testamento en forma abierta ante el Párroco de la demarcación parroquial en que se halle el testador o ante quien haga las veces de aquel, observándose las demás solemnidades de los testamentos abiertos otorgados ante Notario. El testamento se custodiará en el archivo parroquial y se protocolizará conforme a las reglas de la legislación notarial".

B) En Aragón

Todo lo anteriormente señalado como antecedentes remotos de la institución del testamento parroquial, si bien lo refería a Cataluña, puede ser predicado igualmente respecto a las otras dos regiones forales en que dicha forma testamentaria tiene vigencia, ya que el tronco es común.

De esta manera todos los antecedentes que permiten suponer

la actuación de los párrocos en últimas voluntades desde antes del siglo XII, podrían repetirse como precedentes primitivos de la institución en Aragón.

De igual manera que en Cataluña, en Aragón el antecedente escrito más antiguo, que demuestra la atribución de fe pública a los párrocos para intervenir en las últimas disposiciones, está representado por el Decreto Pontificio que Alejandro III emite en contestación a Hubaldo, Obispo de Ostia, en el siglo XII. Asimismo, cuando en 1234 Gregorio IX en el capítulo 10 "cum esses" de sus Decretales, compiladas por Raimundo de Peñafort, recoge el texto de la contestación de Alejandro III, la institución al ser parte de la ley general de la Iglesia, deja sentir su influencia en Aragón, como en Cataluña, al tener en estas regiones influencia importante - el Derecho canónico.

De la costumbre, influida por la Legislación de la Iglesia, pasó esta forma especial de testar a la Compilación aragonesa de - 1247 y, de allí, sin variación, a las sucesivas ediciones del Cuerpo de Fueros y Observancias.

El texto de la edición de 1552, del Fuero 1º De testoribus, curatoribus, manumissoribus, spondalariis et cabezalariis, es el - siguiente: "Si testador decedat in eremo, creditur super testamen- to duobus spondalariis qui siut septem annorum, auto ultra: et is- ti septenns possunt in tali casu esses spondalarii in omni testa- mento. Secus tamen est in loco populato, quoniam sunt necessarii - duo vicini legitimi cum Capellano loci, si valeat interesse. Et si fiat testamentum ubi decet, tantum ad minus meneant habitantes - - spondalarii possunt esse: et creditur eis. Sin autem Capellano lo- ci credatur cum aliquo vicinorum. Et si forte ibi nom fuerit alius nisi Capellanus cum una nulliere bonae famae sufficit: Ita quod si necesse esset testificarentur super ipso testamento: secundum Fo- rum terrae, secundum quod in proximo capitulo continetur. Tamen is tud testimonium, quando fit in ostio Ecclesiae cum sua jura, errec-

tis in coelum manibus est faciendum, etc sit testamentum perpetuo manut firmum".

Tanto en el transcrito como en los Fueros 1º, 2º y 3º De - testamentis, quedó petrificada la institución del testamento ante el párroco.

En el año 1604 la Novísima Recopilación reproduce en su - Ley 1ª, libro 10, título 18, la Ley 19 del Ordenamiento de Alcalá.

Surgida la codificación, los Proyectos del Apéndice de 1899 y 1904, incluyen en sus articulados la institución del testamento ante el párroco, que es recogida, asimismo, en los artículos 22 a 26 del Apéndice de 7 de Diciembre de 1925.

La institución es regulada en la Compilación del Derecho - Civil de Aragón, aprobada en 8 de Abril de 1967, que se mantiene - respetuosa con una institución tan antigua, aunque, como se verá, introduce ligeras modificaciones que más bien deben entenderse como actualizaciones. El texto legal es el siguiente:

Capítulo II.- Del estamento ante Capellán. Otorgamiento.

Artículo 91. 1. Si no hubiere notario o faltare certeza de que - llegue a tiempo, podrá ser otorgado el testamento ante el sacerdote con cura de almas del lugar.

2. El sacerdote pondrá por escrito de su propia mano la voluntad del testador, con expresión del lugar y fecha de las circunstancias que motivan su actuación; con él firmarán otorgante y testigos, o se expresará la causa de la imposibilidad de hacerlo.

3. El testamento se custodiará en la parroquia y se cursará el oportuno parte al Colegio Notarial del territorio.

Presentación. Artículo 92. 1. Tan pronto como el Párroco - tuviere conocimiento de la muerte del testador deberá presentar el testamento al Juzgado competente del lugar del otorgamiento; y si no lo verifica dentro del término de diez días, será responsable - de los daños y perjuicios que se ocasionen por su negligencia.

2. Cualquier interesado, fallecido que sea el testador, podrá denunciar al Juzgado la existencia del testamento a efectos de su adveración.

Adveración. Artículo 93. 1. El testamento, a petición de - parte interesada, se adverará por el Juzgado de Primera Instancia, previa convocatoria, al sacerdote autorizante y a los dos testigos del otorgamiento, y citación a los herederos instituidos y a los - llamados a la sucesión intestada.

2. El Juzgado se constituirá ante la puerta de la Parroquia del lugar del otorgamiento. El Secretario dará fe de conocer al sa cerdote y a los testigos, y si no puede darla, se acreditará su - identidad por dos testigos idóneos del lugar. Leído por el mismo - el escrito testamentario, los adverantes, prestando juramento so-- bre los Santos Evangelios, declararán que aquel escrito contiene - la disposición del testador; adverarán sus propias firmas y mani-- festarán si vieron al testador poner la suya. Todos suscribirán el acta con el fedatario.

3. Si no pudiera celebrarse la adveración ante la puerta - de la Iglesia, se procederá en la forma ordinaria para recibir las expresadas declaraciones.

4. Habiendo fallecido o hallándose imposibilitado para formular sus declaraciones el sacerdote, y lo mismo cualquiera de los testigos, se suplirá su testimonio mediante comprobación de la escritura de aquél y las firmas de uno y otros, por el cotejo peri--

cial de letras.

5. El Juez podrá ordenar las demás diligencias que crea -- oportunas y, si estima justificada la identidad de testamento, -- acordará que se protocolice notarialmente con las diligencias practicadas. Cualquiera que sea la resolución del Juez, queda a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

C) En Navarra

En Navarra el origen remoto del testamento ante párroco o clérigo, como en el caso del testamento ante párroco en Cataluña y Aragón, se encuentra en la Constitución Cum esses del Papa Alejandro III Ubaldo, Obispo de Ostia, recogida en las Decretales de -- Gregorio IX.

Si el fuero de Tudela, dictado por Alfonso I a comienzos -- del siglo XII, en el título XXXI, no llegando a establecer un testamento ante párroco, había destacado la trascendencia de su testimonio, en el Fuero de Estella del siglo XIII se recoge el testamento ante párroco en su capítulo XLVII al establecer que en peligro de muerte y en defecto de cabezaleros, era suficiente el testimonio del Párroco de que había visto y oído el otorgamiento.

Igual postura se mantiene en los capítulos 482 y 483 del -- Fuero de Viguera y Val de Funes.

En los Fueros de la Novenera, que reúne en los siglos XIII y XIV el Derecho de cuatro Concejos próximos a Pamplona, el capítulo 85, que determina la posibilidad de que se haga legado o disposición en favor del alma ante el párroco, y el capítulo 282, con -- carácter más general, dispone que todo hombre que se encuentre en-

fermo en peligro de muerte y deba disponer de sus bienes, pueda hacerlo ante el párroco con asistencia de hombres buenos.

El capítulo II, título XX, libro III del Fuero General de - Navarra (32) que adolecía de cierta inconcreción, fue interpretado por una ley del año 1604 en la X tit. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra, estableciendo terminantemente la forma y solemnidades de los testamentos que no fueran autorizados por Notario, a este tenor:

"Los testamentos no haviendo escribano que los testifique se hagan en la forma de esta Ley, interpretando el capítulo 2, tit. 20, lib. 3 del Fuero General. Aunque el capítulo 2 del Fuero General que comienzo: Si Infanzon fuere enfermo, lib. 3, tit. 20 y - - otros, está dispuesto y establecido cómo deben ser hechos y ordenados los testamentos en falta de Escribano Real, que los testifique, por la duda que hai en su inteligencia, de que han resultado y pueden resultar pleitos: convendría que interpretando el dicho Fuero, se determinasse la forma y solemnidades que han de tener los dichos testamentos para ser validos y la que al Reino le ha parecido conveniente y ajustada a lo dispuesto por el derecho común y en particular el Canónico es, que para que los dichos testamentos valgan y tengan fuerza de tales, no haviendo escribano que los testifique le hayan de otorgar en presencia del Cura, o de otro Clérigo y dos testigos y si tampoco huviere Clérigo que sean los testigos tres, y que no sean parientes, ni criados ni herederos o personas que - tengan interés en el testamento y que sean vecinos de el mismo ante quienes declare su voluntad, o por escrito, o de palabra, con - tal, que la dicha declaración sea con palabras positivas, y que se voluntad última es aquella, y que los testamentos que se hicieren sin guardar esta forma no valgan, ni se puedan abolir, ni con fuerza de testamentos ni de otra última disposición" (33).

Esta ley X, tit. XIII, lib. III de la Novísima es el fundamento de la normativa vigente, representada por la compilación al

Derecho Civil Foral de Navarra de 1 de Marzo de 1973, también conocida, según se reconoce en la propia exposición de motivos, como "Fuero Nuevo de Navarra" que en sus leyes 189 a 191 regula la institución del testamento ante párroco, en los siguientes términos:

Ley 189. Testamento ante Párroco.- Si el testador se halla re en peligro inminente de muerte y no pudiera obtenerse la presencia de Notario, podrá otorgarse el testamento ante el Párroco del lugar u otro Clérigo ordenado de Presbítero, y en todo caso con la presencia de dos testigos.

Ley 190. Testamento ante testigos.- En el mismo supuesto de la ley anterior, si no pudiera obtenerse la presencia de Párroco u otro Clérigo ordenado de Presbítero, podrá otorgarse el testamento con la intervención de tres testigos.

Ley 191. Requisitos comunes a testamentos ante Párroco y ante testigos.- A los testamentos a que se refieren las dos leyes anteriores se aplicarán las reglas siguientes:

1. Deberán redactarse por escrito, con expresión del día, mes y año, en el mismo acto o inmediatamente después que el testador haya declarado con palabras dispositivas su última voluntad.

2. Serán firmados por el testador y personas que intervengan en el acto. Si cualquiera de ellas no supiera o no pudiere firmar, se consignará esta circunstancia en el mismo documento.

3. El Párroco, Clérigo o, en su caso, los testigos deberán conservar el documento o requerir a Notario para su custodia.

4. Perderán su eficacia a los dos meses de haber salido el testador del peligro de muerte.

5. Dentro del plazo de año y día, a contar de la fecha del fallecimiento del testador, deberán presentarse para su abonamiento o adverbación, sin cuyo requisito quedarán ineficaces. A tal efecto, la persona que tenga el testamento en su poder deberá presentarlo al Juzgado de Primera Instancia del Partido a que corresponda el lugar en que se otorgó. La presentación podrá ser exigida por el Ministerio Fiscal o por cualquier persona que se crea interesada.

3) Fundamento racional

El ejercicio de funciones autenticadoras en materia de testamentos, por los párrocos, existiendo unos funcionarios dotados por excelencia de la potestad autorizante como son los notarios, exige algunas consideraciones acerca de su fundamento o razón de ser, las cuales acometeré seguidamente.

Si bien la razón justificadora del nacimiento y desarrollo de la institución del testamento parroquial ha sido la necesidad de proveer a la falta de notario en muchos núcleos de población prácticamente incomunicados de otros lugares donde lo hubiera, por lo agreste del terreno y el rigor del clima, la institución puede tener hoy día nueva y más intensa vitalidad, por razones no sólo distintas, sino aún contrarias a las que secularmente la ha sostenido, o sea por la mucha mayor facilidad de comunicaciones de los días presentes y el gran incremento que ha alcanzado el turismo. Así como, en su origen, fue ideada para evitar que por el aislamiento en que, de hecho, vivían los habitantes de muchas localidades, se vieran en peligro de morir sin haber otorgado testamento por no residir en ellas notaría, hoy el hecho de que en fines de semana y vacaciones, millones de habitantes de la ciudad van a pueblos de ínfima categoría administrativa, y, sobre todo, los accidentes de automóvil, ponen en necesidad urgente de testar a un buen número de personas que, si no pudieran llamar a un párroco au

torizante, tendrían que morir intestados o, por lo menos, con una disposición contraria a su voluntad actual.

Si bien estas razones no serían de peso específico suficiente como para dotar hoy día, ex novo, de funciones autorizantes a los párrocos, sí tienen la importancia necesaria para aprovechar la circunstancia de que, en algunos territorios forales, los párrocos desde los tiempos más remotos, vienen autorizando testamentos.

Ya veía, que tradicionalmente la Iglesia ha venido interviniendo en los testamentos como una función casi propia de su espiritual ministerio. "Si se intentase algún día la proscripción de esta forma de testar -decía Lope Orriols refiriéndose al testamento ante párroco- se menoscabaría la legítima tutela e intervención de la Iglesia en aquellos actos de la vida civil que ningún pueblo cristiano concibe ni realiza sin alguna externa manifestación del sentimiento religioso; y aparecería como una implícita condena a la privación del derecho de testar, cuando la premura del caso y la angustia del lugar y del tiempo no permiten acudir a los medios normales que, para satisfacer esta postrera expresión de la voluntad humana, nos proporciona el Estado, con irremediables deficiencias, y cuando la acción de la fe pública se ejerce, más que como ceremoniosa función profesional, como paternal oficio de piedad y obra de misericordia" (34).

El Código Civil que, para facilitar al máximo la testamentifacción, en casos extraordinarios, aún existiendo notario en la localidad en que el testador se halle en inminente peligro de muerte o en la que exista una situación de epidemia, permite que se pueda otorgar el testamento sin su presencia; no se ha planteado la posibilidad de que, no dándose estas circunstancias, la localidad careciera de notario.

¿Por qué, reconociendo el legislador la posibilidad de que no se escriba el testamento, por no haber en el lugar persona que

pueda hacerlo, o de que, ante el peligro de contagio, no se consiga reunir cinco testigos idóneos, ha preferido hacer la salvedad - de que el testamento será válido aunque no se escriba (art. 702) y rebajar a 16 años la edad necesaria para ser testigo, prescindiendo de todas las demás condiciones de capacidad exigidas en casos - normales?.

Hubiera resultado, sin duda, más sencillo introducir en de recho común, para casos urgentes y extraordinarios a que se refieren los art. 700 y 701, la práctica observada en las regiones de - Cataluña, Aragón y Navarra. Con independencia de ciertas considera ciones morales que, por regla general y salvo excepciones deplora- bles, prestan un doble valor de veracidad al testimonio de una per, sona investida de un carácter religioso y de una misión evangélica, es de tener en cuenta que apenas habrá lugar o caserio, en lo más accidentado y agreste de nuestro país, que no tenga más próxima una parroquia que la más cercana residencia de notario público, y que, desgraciadamente, podrá darse aún hoy día pequeños pueblos de Espa- ña tan incultos que sea en ellos difícil encontrar testigos que se pan escribir con la suficiente corrección, como para hacer inteli- gible posteriormente un testamento, pero no es posible que exista un solo clérigo que no sepa leer ni escribir correctamente. Asi - mismo, allí donde no se acierte a encontrar, entre el número de - los elegidos para testigos, uno cuando menos que posea cierto gra- do de instrucción, la misma fuerza de las cosas y el sentido prác- tico de los pueblos reclamará la intervención y el concurso del - señor Cura, originando así la anomalía de que deba ceñirse tal vez al humilde papel de simple amanuense la persona más docta y carac- terizada entre todas las presentes, mientras se reserva a los igno- rantes el ministerio de la fe pública, que dará valor jurídico a - la expresión de una última voluntad. Por último, si es posible que la aprensión y el miedo alejen del lecho de un enfermo a sus conve cinos, no es fácil que esto suceda con aquéllos que se le acercan y asisten movidos por deberes de caridad y misión evangélica.

El proyecto de Código Civil de 1882 proponía en su art. - 697 que, en caso inminente de peligro de muerte próxima o en defecto de Escribano, pudiera otorgarse el testamento ante el Juez Municipal o el Cura Párroco y tres testigos, o ante cinco testigos sin aquellos funcionarios, siempre que el testador se hallare en despojado o no existiere Notario en la localidad. No sé si tal propósito se inspiraría en el ejemplo de las legislaciones forales que admiten semejante forma de testar, pero lo cierto es que se hubiera enriquecido nuestro ordenamiento común, recogiendo en nuestro primer Cuerpo legal la posibilidad de, en defecto de notario y en circunstancias anormales, otorgar facultades autorizantes al párroco. Resalto este hecho en apoyo de una opinión personal que me cuesta trabajo incluso exponer, pues cuando en este largo lapso de tiempo no han tomado tal iniciativa los grandes juristas, que han formado parte de las Comisiones de Codificación, el humilde autor de este estudio considera, cuando menos, osado manifestarse en favor de una extensión del ámbito geográfico del testamento parroquial. "La geografía del testamento ante párroco -decía FAIREN- ha de remitirse mejor que a una geografía física determinada, a la convicción, a la confianza del pueblo. Allí donde la hay, esta confianza se transmite y se fija; y donde no la hay, la ley no puede crearla" - (35).

Autores ha habido que se han mostrado partidarios de la extensión del testamento parroquial a toda la Nación. Así Furió dice que ello reportaría gran ventaja a los particulares y al Estado, - pues muchas sucesiones no se llevan al Registro por carencia de testamento y resulta costoso el expediente judicial que lo suple. Las pequeñas herencias no resisten fácilmente los gastos de un intestado, perdiendo entonces la Hacienda el impuesto de transmisiones de bienes y demás abonables (36).

En todo caso, si el testamento ante párroco no debe salir de las regiones forales donde tiene vigencia, tampoco debe desaparecer ésta, pues es imposible negar a la institución indudables -

ventajas. Evita la muerte intestada en muchos casos, eliminando expedientes declaratorios de heredero, lo que ha contribuido a que la pequeña propiedad haya podido transmitirse de generación en generación.

No obstante, mis argumentaciones, modestas por venir del autor de este estudio, y las de mayor valor específico de los tratadistas señalados, favorables a la conservación e incluso futura extensión de la figura testamentaria de los párrocos, no por ello es posible prescindir de la cita de autores que no se han mostrado tan favorables a la institución, como los comentaristas a la Compilación de 1960, FAUS, R. y CONDOMINES, F., quienes dicen: "La complejidad de las leyes modernas y sus cortapisas a la autonomía de la voluntad, aumentando el número de importancia de los preceptos de derecho necesario, son obstáculos que se oponen a la intervención en los testamentos de personas desconocedoras de la legislación y de la técnica jurídica y que, además, dificulta grandemente la utilización de la forma ológrafa, que, contra lo que pudo augurarse en un principio, es cada vez menos frecuente.

Añádase a ello la conveniencia de no inmiscuir al Párroco en localidades de escaso vecindario en cuestiones muy distintas de las propias de su ministerio, y se llega a dudar de la conveniencia de mantener esta forma. Si así continúa, atribúyase a la tendencia general de conservación de instituciones que presidió la tarea de los Ponentes, y al hecho de que sus principales defensores entre aquéllos eran Notarios en ejercicio, celosos de su profesión. Quizás la opinión de los Párrocos no hubiera coincidido con ella" - (37).

4) Naturaleza

A) En Cataluña

Se trata de una forma testamentaria a la que en otro tiem-

po se consideró como expcepcional y privilegiada. Hubo una época en que el testamento ante párroco solo podía ser utilizado por quienes profesaban la religión católica, (Sts. del T.S. de 28 de Enero de - 1861, 23-11-1867, 30-1-1887, 20-6-1909 y 25-6-1930), por lo que - constituía un privilegio en favor de los católicos, únicos posi- - bles otorgantes. Hoy día cualquier persona, independientemente de su credo, puede otorgar testamento ante párroco con tal que tenga capacidad para testar y se encuentre dentro del ámbito geográfico de este testamento, es decir las cuatro provincias catalanas, pues lo que no admite duda es que se trata de una institución jurídica particular y por tanto con limitación local. Ha perdido su carácter de privilegio, pero como integrante de Derecho foral es una institución de Derecho especial, en oposición al derecho común contenido en el Código Civil.

Una institución jurídica tiene la condición de Derecho excepcional, no solo cuando constituye una concesión a una persona o clase de personas (privilegio) sino cuando nace para regular una - situación anómala y transitoria, transcurrida la cual, pierde su - razón de ser. Dentro de las formas testamentarias que son objeto - de estudio en el trabajo presente, existen aquellas que una vez de saparecidas las circunstancias, o un tiempo después de dicha desaparición, que motivaron su otorgamiento, caducan. Piensese en los testamentos del 716, 720, 722, 723, 731 y más dudosamente, -como ya queda reflejado en su momento- el del 721, todos artículos del Código Civil; y en Derecho foral, el testamento ante párroco en Navarra, como luego analizaré.

El testamento parroquial catalán no participa de esta natu raleza, pues es una forma perfectamente normal de testar en Catalu ña, válida desde el momento de su otorgamiento y que tiene vigen-- cia cualquiera que sea el tiempo transcurrido entre aquél y la fecha del fallecimiento del causante.

El hecho de que el párrafo segundo del artículo 102 de la

Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 21 de Julio de 1960 que, como señalaré posteriormente, hasta el momento no ha tenido cumplimiento en la realidad, exija la protocolización notarial del testamento previsto en su párrafo primero, no desvirtúa su naturaleza ordinaria, pues ello también sucede en el testamento ológrafo, sin que a nadie se le haya ocurrido considerarlo como especial.

En resumen, el testamento ante párroco es un testamento --abierto, de naturaleza ordinaria y de carácter complementario del testamento abierto otorgado ante Notario, que es sustituido por un autorizante especial.

Se inclinan a considerar este testamento como ordinario ROMEO y VERGER (38) mientras que MOUTON opina que se trata de un testamento especial cuya antigüedad se remonta al siglo XI, manifestándose como una variedad del testamento nuncupativo (39).

B) En Aragón

El testamento ante párroco en Aragón es una forma testamentaria completamente normal de testar en territorio aragonés, que --tuvo un origen histórico remotísimo en la costumbre nacida para facilitar la testamentifacción a toda persona sin obligarla a desplazarse hasta la localidad donde hubiera Notario. No puede calificarse, en consecuencia, como un testamento especial, pues no participa de la naturaleza de privilegio concedido a unas personas, como podían ser los católicos, ni tiene como objeto la regulación de --una situación transitoria o anómala. Por ello no se encuentra sometido a plazo de caducidad o prescripción de ninguna clase. Si bien es una forma testamentaria sólo utilizable en Aragón, al no hallarse reconocido en Derecho común, no es ello suficiente para considerarla como institución jurídica de derecho especial sino de vigencia territorial determinada.

El proyecto de Apéndice de 1899 innovaba todo el Derecho - tradicional de Aragón en este punto al afirmar en el art. 53, último párrafo, que "el testamento otorgado conforme a cualquiera de - las maneras que se determinan en este artículo (testamento ante párroco y ante solos testigos) podrá ser declarado ineficaz si se - prueba en juicio que el testador pudo otorgar otro, en otra forma, dentro de los dos meses contados desde que salió del peligro de - muerte".

En cambio, el proyecto de 1904 señalaba expresamente la naturalaleza de esta forma testamentaria al llamarla en su art. 254 - "testamento, común, abierto y escrito".

El Apéndice de 1925 prescinde de calificar su naturaleza, lo mismo que hace la Compilación aragonesa de 1967. No obstante, - entiendo que continúa teniendo la naturaleza de testamento común u ordinario, criterio que es el mantenido por ALONSO LAMBAM, quien - señala se trata de un testamento perfectamente normal y tan ordinario como pudiera ser el redactado ante un notario (40), criterio - igualmente mantenido, según señala ROMEO (41) por otros autores como VIDAL TOLOSANA, GIL y GIL y RIVAS PEREZ.

En este aspecto ROMEO destaca que pese a que dos sentencias de 5 de Junio de 1891 y 5 de Julio de 1893, negaron el carácter común de esta forma testamentaria, es sumamente dudoso que se pueda conceder a dicho testamento la naturaleza de especial y privilegiado "cuando el testamento otorgado ante cura párroco es una forma - completamente normal de testar en territorio aragonés" (42) que según RIVAS PEREZ está claramente demostrado que lejos de estar en - desuso, vive en la realidad y los aragoneses rechazan, en cambio, la forma de testar ante solo testigos (43).

Particularmente en averiguaciones efectuadas en bastantes municipios aragoneses, y no de primer orden, en donde su ausencia

podía estar más explicada, no he encontrado demasiados casos de testamentos ante párroco, a diferencia de lo que ocurre en muchas regiones catalanas. No es de extrañar siendo Cataluña la cuna de la institución, por la mayor vigencia en épocas primitivas del derecho canónico, aunque también tenga vigor el testamento parroquial en Aragón.

Pese a todo, creo acertada la opinión de ROMEO quien dice que el testamento ante párroco en Aragón es un testamento abierto, de naturaleza ordinaria, que tiene carácter complementario del testamento abierto otorgado ante notario (44).

C) En Navarra

Las mismas consideraciones hechas sobre la naturaleza del testamento ante párroco en Cataluña y Aragón, que me inclinaban a considerar dicha forma testamentaria en las mencionadas regiones - como una modalidad común u ordinaria, me inducen a mantener, junto con alguna otra consideración específica, una postura distinta del testamento ante párroco en Navarra.

Si bien en el derecho histórico navarro no se establecía - esta forma testamentaria para situaciones de excepción, en las que no fuera posible el uso de formas ordinarias de testamentifacción; pese a que no existía exigencia formal de peligro de muerte en el otorgante ni plazo de caducidad que invalidase el testamento; y no obstante, ser ajeno a situaciones excepcionales; lo cierto es que ya de origen la institución tenía menos arraigo que en las otras - regiones forales en que la institución existía, debido, por elemental lógica, a una influencia menor del Derecho canónico en Navarra que la ejercida en Aragón y sobre todo, en Cataluña.

Por ello he de resaltar que no tiene nada de extraño, ni - implica en los compiladores una falta de respeto por el derecho -

histórico navarro, que según la Compilación Foral vigente de 1973, la institución que estudio, haya de calificarse como testamento excepcional o privilegiado.

Pero pese a esta justificación, lo cierto es que hasta la Compilación, el testamento ante párroco no tenía plazo de caduci--dad y podía perfectamente ser considerado como testamento ordina--rio, sometido a las formalidades comunes y no limitado a ninguna -situación especial. En efecto, esta situación se daba en época -bien reciente, como demuestra que el Obispado de Pamplona dispusie--ra, en 16 de Febrero de 1926, que "si el enfermo sigue con vida, -recomienda el Párroco que llamen al notario y en caso de venir, -puede entregarle el documento ya hecho para que se sirva de él en lo que convenga; pero si fallece el testador sin hacer cosa válida con notario, el párroco debe guardar el testamento para entregarlo a quien pida el abonamiento".

En consecuencia, el testamento ante párroco y dos testigos era válido aún cuando sanara el testador, no quedando, pues sujeto a invalidez por caducidad. Esta circunstancia excluía su condición de testamento especial. Pero en este estado de cosas, un quizá exa--gerado respeto por el principio de seguridad jurídica contrarrestó la posibilidad de otorgar testamento ante párroco sin existir peli--gro de muerte, hasta entonces vigente y que ha continuado, como se ha visto en Cataluña y Aragón. Consecuencia inevitable de ello fue que los autores de la Compilación establecieron un periodo de cadu--cidad semejante al prevenido por el legislador común para los tes--tamentos otorgados, sin asistencia de notario, en casos de peligro de muerte. Por ello el número 4 de la Ley 191 previno un plazo de dos meses semejante al del artículo 703 del Código Civil, que impi--de a partir de este momento mantener la postura de derecho históri--co navarro, recogida por tratadistas como SOLCHAGA (45) y ALONSO -LAMBAN (46), y obliga a considerar desde entonces el testamento na--varro ante párroco como una forma testamentaria excepcional, limi--tada al caso de inminente peligro de muerte que aceche al otorgan--

te.

5) Elementos objetivos del testamento ante párroco

A) En Cataluña

a) Localidad sin notaría demarcada o vacante. La Real - Provisión de 29 de Noviembre de 1736 permitía la autorización de - testamentos y otros actos de última voluntad "no habiendo escriba- no real o numerario".

La condición que impone esta ley recopilada, de que no ha- ya notario en el lugar, atendidos los términos de la disposición, lo mismo se refiere y queda cumplida tanto en el caso de que en la feligresía no haya plaza de notario, como cuando habiéndola, esté vacante o ejercida por un notario que se halle ausente o que esté enfermo, como lo confirman la Sentencia de 23 de Noviembre de 1867, al declarar nulo un testamento porque, a la sazón, había notario - en el lugar; y la Sentencia de 31 de Enero de 1887, al declarar - que es de apreciación del Tribunal el hecho de si, al otorgarse el testamento, había en el lugar notario que pudiera autorizarlo. En el caso se alegaba que, por razón de guerra, el notario tenía resi- dencia en otro lugar. En cambio, la R. de 4 de Marzo de 1905 decla- ró que no podía intervenir el párroco sino en el caso de que al lu- gar no le correspondiera plaza de notario, alegando que la Real - Provisión debía interpretarse restrictivamente (47). Lo cierto es que, prácticamente, no se seguía el criterio restrictivo de dicha Resolución, lo cual es lógico, porque el motivo de autorizar a los párrocos para suplir a los notarios, es dar facilidades para que - nadie deba morir intestado por falta de notario a quien recurrir y esta razón es general a todos los casos indicados, tanto porque no deba haber notario allí, como porque la plaza esté vacante, porque el notario esté ausente, enfermo, sea incompatible, etc. Además, - las poblaciones que deberían tener, y de hecho no tienen notario - disponible, es lógico -en una buena distribución de notarías- que

disten más de las poblaciones que los tiene, que no los pueblos - que no tienen plaza de notario; y por esto y porque, siendo en general más poblados los lugares con plaza de notario, será más sentida su falta, y más conveniente, por tanto que haya quien pueda - suplirlo (48).

Igualmente queda cumplida si el notario no puede intervenir por incompatibilidad con el testador. La Sentencia de 18 de Ju nio de 1869 declara, con referencia a este caso, que el notario - inhabilitado es como si no existiese.

Estas razones, que responden a una elemental lógica en el análisis del espíritu y razón de ser de la institución, han sido - echadas por tierra con la publicación de la Compilación del Dere-- cho Civil Especial de Cataluña de 21 de Julio de 1960.

Pero antes he de referirme a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de Marzo de 1905, - (Gaceta de 3 de Abril del mismo año) ya citada pero merecedora de más extensa referencia.

Se trataba de un testamento otorgado con fecha 28 de Diciem bre de 1900, ante el Vicario de la feligresía de San Vicente de Sa rriá, por un vecino de esta localidad, próxima a Barcelona, pero - todavía no incorporada administrativamente a su Municipio.

El testador alegaba que testaba en la expresada forma por encontrarse gravemente enfermo y estar ausente el notario de la ci tada Villa. Presentado para inscripción "por hallarse autorizado - por el Cura Vicario, a pesar de estar dotada de notario la pobla-- ción", estimóse este defecto como falta insubsanable.

La calificación del Registrador de la Propiedad fue recu-- rrida, alegando sustancialmente que los párrocos tienen la facul--

tad de autorizar testamentos; que este derecho, como todo lo que -
 tiende a facilitar la testamentificación, debe interpretarse amplia-
 mente, de tal modo que debe considerarse como que no hay notario -
 cuando éste se halle ausente de su residencia oficial y el testa--
 dor se encuentre en peligro de muerte, pues si el notario se en- -
 cuentra ausente y hay urgencia que no admita demora, es como si no
 hubiese en la población, donde ésto ocurra, notario establecido; -
 que en aquel caso se justificaba la necesidad del testamento y la
 ausencia del notario; que de admitirse la calificación del Regis--
 trador se impide la inscripción de los bienes del testador a favor
 de sus herederos; que el aludido funcionario se ha excedido en sus
 atribuciones calificando de nulo el testamento, haciendo una decla-
 ración de derecho que no es de su incumbencia, pues sólo pueden ha-
 cerla los Tribunales ordinarios, a instancia de los herederos lla-
 mados, según tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias 24
 de Febrero de 1889 y 10 de Noviembre de 1891.

En definitiva, la Dirección General de los Registros y del
 Notariado confirmó la resolución registral denegatoria de la ins-
 cripción, por entender que la Real Provisión de 29 de Noviembre de
 1736, recordada por R.O. de 15 de Diciembre de 1863, debía inter--
 pretarse restrictivamente, atendido el carácter privilegiado de la
 misma. "Es regla de jurisprudencia no distinguir donde la ley no -
 distingue (ubi lex non distinguet, nec nos distinguere debemus), y
 a pesar de no ignorar el legislador que los notarios podrían estar
 legalmente ausentes por razón de su cargo, o imposibilitados por -
 un término más o menos largo, no vaciló en redactar en términos ab-
 solutos el precepto legislativo; el precepto legal no hace distin-
 ción de ninguna clase, lo que no sucedería si los legisladores hu-
 biesen tenido intención de conferir a los párrocos la sustitución
 en caso de ausencia, por razón de su cargo, a puntos del distrito
 notarial lejanos por razón de su residencia".

Según esta Resolución de 4 de Marzo de 1905 "instituído di-
 cho privilegio con el objeto de facilitar el otorgamiento de actos

de última voluntad en un país bastante accidentado y que tiene muchos pueblos muy distantes de la cabeza de distrito notarial, según lo consignado en la Resolución de este Centro, de 19 de Abril de 1893, esta causa o motivo de su publicación indica que, así como en los puntos donde no hay notario, el párroco tiene las mismas atribuciones que éste en punto a la autorización de los testamentos abiertos, como se declaró en la citada Resolución, de igual modo es lógico deducir de ella que en los lugares donde haya notario corresponde exclusivamente a éste la facultad, y que en caso de enfermedad, inhabilitación, ausencia o cualquier otro género de imposibilidad del mismo, procede únicamente su sustitución en la forma que determina la Ley y Reglamento del Notariado".

Algún autor, no obstante, ha manifestado una opinión opuesta a la anterior Resolución, como MASPONS quien consideraba, con posterioridad a la publicación de la misma, que el párroco podía autorizar dentro del término de su parroquia, cuando habiendo en él notario, esté enfermo o ausente (49).

En la actualidad, vigente la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña y utilizada por el legislador la frase "en localidad sin notaría demarcada o vacante", con la precisión característica de toda disposición legal compilada o codificada, entiendo queda confirmado de modo expreso el criterio restrictivo ya mostrado por la Resolución de 4 de Marzo de 1905.

Los casos de incompatibilidad, ausencia, enfermedad, licencias o cualquier otro similar son distintos de la situación de "Notaría vacante". El vigente Reglamento Notarial de 2 de Junio de 1944 regula minuciosamente las sustituciones en sus artículos 49 a 56, de manera que en estos casos los notarios serán sustituidos por el de la misma localidad que designe el titular, y siendo notario único, por el que designe entre los del Distrito Notarial; y no mediante estas designaciones, por el que corresponda según el -

cuadro de sustituciones del Colegio y, en su defecto, por el que - designe la Junta directiva del Colegio Notarial.

Desde otro punto de vista, si bien es cierto que una situación in artículo mortis del testador (aunque el peligro de muerte no sea inminente), según el aforismo jurídico "favor testamenti" - parece orientar hacia la validez del testamento autorizado por el párroco, en los supuestos citados de defecto de notario, no ha de olvidarse que la norma compilada (artículo 102) es taxativa y con una fórmula concreta limitadora, ajena en absoluto a un sistema de analogía contrario a la regulación legal de la materia testamentaria.

Publicada la Compilación catalana de 1960, es imprescindible que en el lugar donde el otorgamiento se realice no exista notaría demarcada, o ésta se halle vacante; y cuando el notario se halle imposibilitado para actuar, procede su sustitución en la forma que determina la Ley y el Reglamento del Notariado pero nunca podrá el párroco autorizar testamentos.

Antecedentes de esta opinión sostenida por el legislador - de 1960 ya se encuentran en la Sentencia del Tribunal Supremo de - 31-1-1887, que precisaba que "el testamento ante párroco exige como principal condición la falta de notario en la localidad donde - se otorgue no bastando que el notario esté ausente o imposibilitado", y en la anteriormente reseñada Resolución de la Dirección General de los Registros de 4-3-1905, y más recientemente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Abril de 1954, que dice que - "En Cataluña, el testamento ante párroco sólo puede hacerse cuando no existe notario en su distrito, tenencia o feligresía".

El artículo 102 de la Compilación comienza diciendo que - "En localidad sin notaría demarcada o vacante se podrá...". Por lo tanto hay que referirse aquí a dos supuestos: 1º. Localidad sin no-

taría demarcada, y 2º. Localidad con notaría demarcada, pero vacante. En ambos hay que atenerse al vigente Reglamento Notarial de 2 de Junio de 1944.

Del estudio de los artículos 72 a 76 del vigente Reglamento Notarial y demás disposiciones vigentes ha de concluirse que, - en cada caso, el que exista o no notaría demarcada en determinada localidad, depende de las disposiciones administrativas dictadas - por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Ministerio de Justicia).

Es decir, tanto en el presente subcaso (localidad sin notaría demarcada), como en el siguiente (localidad con notaría demarcada, pero vacante), conviene advertir, para salir al paso de posibles impugnaciones y nulidades, que la validez del testamento autorizado por el párroco descansa en disposiciones o situaciones administrativas de la notaría o del notario, ajenas en absoluto a los Derechos Civil y Canónico. Ahora bien, resulta innegable que estas normas de territorialidad o situación del notario, con la exigencia negativa del artículo 102 de la Compilación ("en localidad sin notaría demarcada o vacante", se dice), condicionan la intrínseca aptitud del párroco para autorizar este testamento especial, en -- cualquier lugar de su demarcación parroquial.

En cuanto a lo que deba entenderse por notaría vacante, ha de estarse a lo dispuesto en los artículos 80 a 87 del vigente Reglamento notarial, cuya exégesis escapa al propósito del presente trabajo.

En conclusión, de lo expuesto aparece que estamos en presencia de disposiciones administrativas de rango reglamentario, - propias del Derecho Notarial; más el párroco habrá de tenerlas muy presentes para la válida autorización de testamentos en su demarcación parroquial.

Queda por resolver el problema de si puede considerarse vacante la notaría en un partido judicial donde exista más de un notario y las vacantes no alcancen a todas las notarías, pudiendo, - como es sabido, actuar los notarios en las poblaciones que no tengan notaría propia y pertenezcan al mismo partido. La duda debe resolverse a favor de la posibilidad de testamento ante el párroco.

b) Demarcación parroquial propia del párroco autorizante o de quien haga sus veces.

El artículo 102 de la Compilación atribuye la competencia para autorizar testamentos al párroco o a quien haga sus veces, pero únicamente en su demarcación parroquial, *ratione loci*.

Es decir, nos encontramos con una norma de envío o remi- - sión que hace la ley civil compilada, al Derecho administrativo - eclesiástico. A éste deberá acudir en todo caso para precisar - los límites de la demarcación parroquial respectiva; en este territorio, canónicamente delimitado, sólo podrá autorizar testamentos su párroco.

Según el Concordato de 27 de Agosto de 1953, en su artículo XI la Autoridad eclesiástica podía libremente erigir nuevas parroquias y modificar los límites de las ya existentes. También correspondía a la Autoridad eclesiástica agrupar de modo provisional o definitivo varias parroquias, bien sea confiándolas a un sólo párroco, asistido de uno o varios coadjutores, bien reuniendo en un sólo presbiterio a varios sacerdotes.

Los actuales Acuerdos entre el Estado español y la Santa - Sede, al consagrar una vez más la independencia entre la regula- - ción de las materias propias de las esferas civil y canónica, no - han introducido modificación en estas cuestiones respecto al Con--

cordato de 1953 al que vienen a sustituir.

En este sentido el Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, - firmado el 3 de Enero de 1979 (B.O.E. nº 300/1979) en su artículo I, apartado nº 2, determina que la Iglesia puede organizarse libremente creando, modificando o suprimiendo Diócesis, Parroquias y - - otras circunscripciones territoriales.

B) En Aragón

"Si no hubiese notario o faltara certeza de que llegue a - tiempo...", comienza diciendo el artículo 91 de la Compilación al Derecho Civil de Aragón de 8 de Abril de 1967.

En virtud de la disyuntiva, parece que no será necesaria - la concurrencia de las dos situaciones y que bastará la existencia de una de ellas.

La primera de las dos circunstancias está redactada en tér^uminos amplios, que permiten considerar concurre la misma, no solamente cuando al lugar no corresponde notaría demarcada, sino en - los demás supuestos por los que, en un determinado momento no exis^ute notario en la localidad donde se encuentra una persona que quie^ura otorgar testamento, como son los de estar vacante la notaría o estar fuera del lugar su titular. No se plantean, en el caso del - testamento parroquial aragonés, los problemas interpretativos que la redacción de la Compilación catalana conllevaba y fueron anali^uzados, sobre demarcaciones o vacantes.

La propia amplitud que resalto, motiva que, en la práctica, los párrocos acepten ser autorizantes únicamente cuando a la prime^ura circunstancia se une la segunda, es decir, cuando razonablemen-

te pueda presumirse lo improbable de la llegada del notario. Y si pese a las fundadas previsiones, el notario llega antes de haber fallecido el otorgante, se acostumbra a expresar la última voluntad de nuevo esta vez ante el notario.

Pero en mi opinión, aunque ésta sea la práctica y pese a lo razonable de la misma, no existe razón legal para que no tuviera validez un testamento otorgado ante párroco cuando en el lugar no hubiera al testar notario, aunque luego, en vida del testador, existiera dicho fedatario.

En virtud de la segunda posibilidad, aunque en la localidad exista notario, si faltara certeza de que llegue a tiempo, podrá asimismo otorgarse testamento ante el párroco. Sobre esta segunda hipótesis considero que, aunque no lo diga el legislador, - si antes de fallecer el testador llegare el notario a su presencia, deberá el otorgante hacer ante este último nuevo testamento, pues se otorgó en consideración a una premisa que no confirmó la realidad.

La falta de certeza sobre la llegada a tiempo del notario pone en relación inevitablemente con el análisis del riesgo de -- muerte del testador, aspecto que, si bien lo analizo respecto de Cataluña al tratar de las circunstancias subjetivas del otorgante, trataré ahora en el caso de Aragón, para mayor claridad y debido a la redacción de la Compilación de este territorio foral.

Tanto la Compilación catalana como la aragonesa, guardan silencio acerca de si es necesario el peligro de muerte del testador.

De los dos supuestos que prevee el artículo 91 de la Compilación Aragonesa, en su párrafo primero, sin duda puede verse implícito el requisito de riesgo de muerte en el segundo de ellos. Y si en el caso de Cataluña, como luego analizaré, hay que considerar que hoy día se utiliza esta forma testamentaria solo cuando el pe-

ligro de muerte no permita acudir a otra localidad donde haya nota
rio, en el caso de Aragón las razones que expongo en el testamento
catalán encuentran aún más fácil apoyo por la redacción del artículo
lo 91.

En derecho histórico aragonés no se exigía el peligro de -
muerte en el testador, lo cual resulta lógico pues, como dice Alonso
Iamban (50) "en una época en donde podría testarse sólo ante ca
bezaleros y era redactado el documento en muchas ocasiones por un
escriba, no es normal que el testamento ante párroco fuera restringi
do al sólo caso de peligro de muerte."

Por regla general, la doctrina ha entendido que para el -
otorgamiento es preciso que la vida del testador peligre. Así Fe--
llicer, antes del Apéndice, había dicho que la Resolución de la Dire
cción General de los Registros de 19 de Abril de 1893, que auto-
rizaba en Cataluña el testamento ante párroco otorgado por quien -
se encontrase en plena salud, "no es aplicable a los párrocos en -
Aragón, pues el Juez exige, como requisito indispensable para la -
validez de los testamentos que se autoricen en peligro de muerte -
de los testadores" (51).

ALBAREDA, refiriéndose al Apéndice, dice que "si del texto
del Cuaderno foral no se deduce, siempre se ha considerado como -
condición indispensable, la enfermedad con peligro de muerte del -
testador; si bien en la primera parte de la disyuntiva de la ley -
no se exige tal extremo y bastaría con que no hubiese notario en -
la localidad" (52).

"Dada la Ley del Notariado -dice ROMEO- que establece -
una clase de notarios para toda España; así como el espíritu de la
vigente legislación de la Iglesia, y sobre todo, el sentido de la
práctica, creemos que se requiere para el otorgamiento de este testa
mento, la circunstancia del peligro de muerte" (53).

RIVAS entiende igualmente que en el testamento parroquial se precisa para su otorgamiento el peligro de muerte en el testador (54).

C) En Navarra

Lo que ha de suponerse de la realidad social actual en el caso catalán y lo que pueda en cierta medida desprenderse además - del texto de la Compilación aragonesa, en el supuesto del testamento parroquial navarro es algo perfectamente recogido en la redacción dada por el legislador. En efecto, la Ley 189 de la Compilación navarra de 1973 comienza señalando, como supuesto de otorgamiento, el hecho de que el testador se halle en peligro inminente de muerte y no pueda obtenerse la presencia de notario.

Ya sea debido a que se ha redactado unos años después, o a que el menor arraigo ofrecía menos dificultades, lo cierto es que el texto de la Compilación navarra es más claro y acorde con los tiempos actuales. Los supuestos que señalo al tratar de la institución en Cataluña como justificadores de la conservación de esta forma testamentaria en la actualidad, y que podían haber sido aprovechados por el Legislador del Derecho común para haber creado, en la época codificadora del pasado siglo, una figura intermedia entre el testamento ante notario y las formas previstas en los artículos 700 y 701 del Código Civil, se recogen en el texto de dicha Ley 189 de la Compilación de 1973.

No hay en Derecho Foral navarro posibilidad de abusar de esta forma testamentaria, en detrimento de la función del fedatario por excelencia, otorgando testamentos ante párroco personas en plena salud y a quienes les sería relativamente fácil llegar hasta un notario, lo que podría ocurrir, aunque en la realidad no suceda, en Cataluña. No existe esa partícula disyuntiva del artículo 91 de la Compilación aragonesa que, en estricta interpretación li-

teral, permitiría otorgar testamento ante párroco cuando no existiera grave urgencia en testar y pudiéndose acudir sin demasiado esfuerzo a localidad en la que hubiese notario.

Se recoge en la Compilación navarra las dos circunstancias que hoy día justifican plenamente el uso de la forma testamentaria que estudio, cuando el derecho la permita.

6) Elementos subjetivos

6.1) Autorizante

A) Cataluña

Con arreglo al criterio legal interpretativo ordenado por el artículo 1º de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, conforme a la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes de que emanan los preceptos del artículo 102, es forzoso referirse a la Real Provisión de 29 de Noviembre de 1736, que permitía autorizar testamentos en sus respectivas parroquias a los Rdos. Párrocos, Ecónomos o Curas Tenientes.

En realidad, el criterio interpretativo de la Compilación, a que acabo de aludir, es fiel reflejo del respeto sentido por el legislador hacia el derecho foral escrito o consuetudinario, recogido en el artículo 12 del título preliminar del Código Civil, en su redacción primitiva de 1889, o en el artículo 13, 2º del título preliminar, en su redacción de 1974.

Este derecho histórico consuetudinario pasó a ser derecho escrito ya con la Ley contenida en el libro III, título 26, capítulo 10 de las Decretales de Gregorio IX cuyo texto señala: "...Vale testamentum quod parochiamus facit coram Presbytero parochia--

li... testamenta quae Parochiani coram Presbytero suo...". La frase "presbytero parochiali, presbytero suo", ha sido siempre interpretada en el sentido de que no otorga la facultad a la persona - del párroco sino al cargo, y, en consecuencia, a él y a quien válidamente y legalmente le sustituya como puede ser el vicario, teniente, coadjutor o ecónomo. Todos ellos, en efecto, han sido considerados en igualdad de condiciones; y la Real Provisión de 29 de Noviembre de 1736 así lo reconoce expresamente. Por tanto todos y cada uno de ellos pueden ser autorizantes y, por el contrario, no - puede serlo otro sacerdote (55).

La jurisprudencia así lo comprendió, siendo suficiente la cita de algunas sentencias, ilustrativas de un espíritu que ha sido recogido por la Compilación catalana.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1905 - que aclara que si no hay párroco sino vicario éste sólo entra en - este asunto si se hallare ausente o enfermo el párroco, pero "esto no se entiende respecto de aquellos vicarios que por organización especial de sus feligresías en Cataluña desempeñan permanentemente las funciones parroquiales, porque, en tal supuesto, hay que considerar tal función una de tantas que por razón del cargo compete a los expresados vicarios".

La Sentencia anterior junto con la de 23 de Noviembre de - 1867, prevee que en caso de ausencia o enfermedad del párroco, también puede ser sustituido por los coadjutores.

En consecuencia, dentro de la demarcación en que ejerzan su jurisdicción espiritual, pueden autorizar toda clase de actos de - última voluntad, los párrocos, ecónomos, regentes, vicarios de sufragánias y los coadjutores.

La Sentencia de 18 de Junio de 1869, prevee la misma susti

tución para los casos de incapacidad o incompatibilidad del párroco.

La Compilación se concreta a "el párroco de la demarcación parroquial... (o) quien haga las veces de aquél". Es decir, se establece una fórmula más amplia intuitu personae, sin mencionar específicamente los Ecónomos o Curas-Tenientes, como hacía la antigua Real Provisión.

En cuanto al concepto de "párroco de la demarcación parroquial o quien haga sus veces", nos hallamos en presencia de una norma de reenvío a ordenamiento jurídico, que no es otro que el del Derecho Canónico.

En este sentido, ya establecía el artículo 43 del Concordato de 17 de Octubre de 1851, reafirmado por el artículo 3º del Convenio de 25 de Agosto de 1859, mandado cumplir por la Ley de 4 de Mayo de 1860, coincidente con el apartado 2º del artículo 35 del de 27 de Agosto de 1953, que todo lo perteneciente a personas o cosas eclesiásticas, será dirigido y administrado conforme a la disciplina canónicamente vigente de la Iglesia. Este criterio de independencia de esferas ha sido recogido por los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede de 1979, que sustituyen al Concordato de 1953 (56).

De modo que deben entenderse comprendidos en el concepto legal de Párrocos o Rectores, los Ecónomos, Curas-Tenientes, Vicarios, Encargados y, en general, todas aquellas personas eclesiásticas que legítimamente ejerzan cura de almas en la demarcación parroquial de que se trate, conforme a canónico nombramiento de la Autoridad diocesana *ratione loci*.

Según el vigente "Codex iuris canonici", se define el párroco como el sacerdote o personal moral que, por razón de su cargo,

tiene el deber y el derecho de ejercer en nombre propio, plena e in dependientemente, la cura de almas con respecto a un número determinado de fieles, bajo la autoridad del Ordinario diocesano. Se equiparan a los párrocos, los cuasi párrocos, y aquéllos que tienen potestad parroquial, como son Ecónomos, Regentes, Coadjutores, Tenientes y Vicarios independientes (Canon 451).

A los efectos de autorización de la modalidad de testamento que me ocupa, es preciso que la respectiva persona eclesiástica ejerza funciones parroquiales en la fecha de aquélla. Podrían afectar a la validez del testamento los supuestos de renuncia al oficio parroquial o su privación por el superior a causa de delito, - por ejemplo.

Por último, indicaré que el párroco o persona que haga sus veces, autorizante del testamento, ha de ejercer funciones parroquiales, pero tales funciones deben estarle conferidas precisamente para la demarcación parroquial que comprenda el lugar en que se encuentre el testador, no para otra distinta; y siempre en forma legítima por la competente Autoridad Eclesiástica.

Las mismas facultades de suplencia, dice MASPONS, que tienen los notarios entre sí, las tienen también los párrocos, aunque con la diferencia de que la designación de suplente no es reglamentaria sino automática. Corresponde autorizar al párroco que consuetudinariamente es considerado primer vecino de la parroquia, en su defecto al vecino segundo, en su defecto al tercero, y en el caso de ausencia de los tres, al que, en casos excepcionales, es costumbre recurrir para los funerales (57).

El párroco y personas que le sustituyen han de ser de religión católica, pues es a ellos a quienes se refiere en forma inequívoca el artículo 102 de la Compilación, sin que pueda extenderse dicha autorización a eclesiásticos de cualquier otro credo o re

ligión, aunque se encuentren organizados eclesiásticamente en forma similar a la Iglesia Católica. La limitación en este aspecto - viene determinada por la tradición jurídica de Cataluña, procedente en este caso del Derecho Canónico, pese al principio de libertad religiosa y a la igual consideración que los poderes públicos ha brán de tener con las distintas confesiones religiosas, según el artículo 17 de nuestra Constitución.

En otros momentos del presente estudio, he resaltado la no excesiva preparación de los párrocos y sustitutos para autorizar - disposiciones testamentarias. Si bien en épocas pasadas solían ser menos complejas y podía ser suplida su falta de conocimientos acudiendo los autorizantes a formularios existentes en casi todas las parroquias, lo que no obstante traía sus complicaciones a veces, - hoy día pueden ser muy complicadas.

Es indudable la, aún actual, falta de preparación de los - párrocos y sustitutos para traducir a fórmulas válidas y eficaces en Derecho, las últimas voluntades de quienes ante ellos quieren - testar, lo cual no es de extrañar, ya que su formación es totalmente ajena al derecho privado, y no son, en consecuencia, profesionales del Derecho como los notarios. Por ello se muestran proclives a enviar, a quienes ante ellos quieren testar, a presencia de notarios. Esta tendencia, que analizo con mayor detalle en otro momento de mi trabajo, obliga a examinar el alcance de la obligación, - que sobre los párrocos y sus sustitutos, pesa de autorizar los testamentos cuando para ello sean requeridos.

El párroco, cuando es solicitado para que autorice un testamento, en caso de que legalmente pueda hacerlo, lo ha de autorizar porque tiene deber de realizarlo. Esta obligación es de carácter legal, en virtud de lo prevenido como derecho de los potenciales otorgantes en el artículo 102 de la Compilación catalana, pero también tiene un indudable matiz moral, que en primer lugar voy a resaltar.

El testamento no tiene por finalidad única la de distribuir los bienes del testador para después de su muerte, sino que también puede perseguir el cumplimiento de obligaciones. Cabe tener en cuenta además, que los beneficiados por las disposiciones testamentarias son siempre terceras personas, a las que el párroco no tiene ningún derecho de perjudicar; quizá más que personas se debería decir generaciones enteras, que materialmente y moralmente pueden asumir una posición muy diversa si el testamento es otorgado o si no lo es.

Y todavía, por si fuera poco, cabe recordar por los ejemplos que a diario muestra la experiencia, que la falta de un testamento puede ser causa de perjuicios y cuestiones deplorables que no se habrían producido si existiese.

Por estas razones primordiales, y no únicas ni mucho menos, el párroco al que se pide que autorice un testamento, lo ha de hacer prescindiendo de que el testador esté sano o enfermo, o frecuente o no la iglesia, o sea feligrés o forastero; esto es, por encima de consideraciones de tiempo, lugar, personas o en general, del orden que sean, con la solicitud y diligencia con que se ha de cumplir una obligación de conciencia, sobre todo si se relaciona con un caso de peligro de muerte, en el que la inercia de los párrocos a remitir las autorizaciones a los notarios, deberá ceder ante un elemental deber de conciencia, acentuado por lógica en los titulares de ministerio pastoral. De aquí viene que el punto de vista legal de la cuestión, o sea, de las responsabilidades que legalmente puede contraer el párroco no autorizando un testamento o negándose abiertamente, no tiene un aspecto primordial.

Pese a las disposiciones promulgadas para reglamentar minuciosamente el ejercicio de la notaría, el supuesto de que el que ejerce se niegue a autorizar una escritura, tan sólo ocupa un par de líneas en la cabecera misma de la Ley Básica de la Organización Notarial, como para hacer entender que se parte de la existencia -

de la obligación y que se considera tan elemental que no es necesaria otra cosa que enunciarla en términos generales.

Y en efecto, toda la legislación referente a ella queda circunscrita al artículo 2º de la Ley de 28 de Mayo de 1962, que es - la del notariado hoy vigente, el cual se limita a decir que el notario que se niegue, sin justa causa, a actuar en un caso de su incumbencia, incurrirá en las responsabilidades que resulten de las leyes.

El Reglamento de la citada Ley, vigente desde 1944, en este aspecto solo preceptúa, en el párrafo tercero de su artículo 3, que la prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio, siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida. Pese a esta parquedad normativa, la realidad enseña que los notarios, tratándose de un testamento, se exceden a sus habituales formas de hacer, no miran horas, trabajan de noche, salen del despacho, y les conceden una preferencia desacostumbrada, que sólo dan a otros instrumentos en circunstancias excepcionales. Ello es porque un elemental sentido, dice que la obligación es más fuerte que si tuviese tan sólo carácter legal: es decir, porque es de orden moral.

Hay, sin embargo, una razón práctica o de sentido común - que impide el reglamentar extremadamente la supuesta negativa, y - es la imposibilidad de conseguirlo sin violentar la conciencia del notario, en su caso del párroco, obligándole a autorizar un testamento que él crea que moralmente o legalmente no puede autorizar.

Con motivo de una epidemia de cólera en el año 1885, el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Sr. Silvela, promulgó un - - Real Decreto para impedir que con pretexto del contagio los enfermos quedasen sin asistencia notarial; promulgado al impulso de una necesidad momentánea y abrumadora, su texto es quizá el más riguroso

so que haya estado vigente en este sentido, y no obstante, su ocasional efectividad consistió en caer en el extremo opuesto de reglamentar una forma de testar prescindiendo de la asistencia del notario.

Pese a su no vigencia, el análisis de las disposiciones de este Real Decreto de 21 de Agosto de 1885, tienen interés precisamente bajo este punto de vista. Su artículo 1º decía: "Todos los notarios han de acudir prontamente al requerimiento que les sea hecho en nombre de personas con capacidad para testar, y que estando enfermas quieran otorgar testamento, y a este efecto se trasladarán al domicilio o lugar donde se encuentren, pudiendo pedir el auxilio de la autoridad o de sus agentes, cuando lo crean necesario, para el cumplimiento de su cometido".

El artículo 2º añade textualmente que "el notario sólo se puede excusar por reconocida imposibilidad física".

Después de este preludio, en verdad conminatorio, los artículos sucesivos terminaban legalizando una forma de testamento sin la intervención notarial, y por tanto parroquial, porque en realidad es imposible imponer legalmente el deber de autorizar sin remisión una escritura y más todavía, quizá, un testamento.

En resumen, que en la obligación que pesa sobre el párroco, relativa a la autorización de testamentos, existe una importante - vertiente moral, común a la que pesa sobre los notarios si bien - pueda considerarse algo acentuada, y una vertiente legal. la responsabilidad por la denegación injustificada en la primera vertiente, ha de ser de índole moral y, en consecuencia, sin materialización punitiva. La responsabilidad legal, por la negativa a autorizar cumpliéndose los supuestos prevenidos o incluibles en el artículo 102 de la Compilación requiere una breve consideración. Ya he señalado las circunstancias objetivas necesarias para que se pueda otorgar testamento ante párroco, y las circunstancias subjetivas en

el autorizante precisas. Las circunstancias subjetivas en el otorgante son las referidas a la capacidad legal necesaria para el otorgamiento, prevenida en el artículo 695 del Código Civil, al que se remite el artículo 102 de la Compilación. Y habrá de hacerse constar su cumplimiento expresamente por el autorizante en el acta. Dándose todas las exigencias subjetivas y objetivas, si el párroco se negase a autorizar, incurrirá en responsabilidad legal. El problema se presenta al preguntarse por el cauce a seguir y el organismo competente para materializar esta responsabilidad en la oportuna sanción.

Si ya he señalado que la responsabilidad de los notarios no está detallada por disposición alguna, pues la Ley de 1862 y el reglamento de 1944 se limitan a preveer en términos generales esta responsabilidad, e igualmente he reflejado las razones de esta situación, fácilmente podrá comprenderse que concretar la lógica responsabilidad de un párroco que indebidamente se niega a autorizar un testamento, es algo sumamente delicado y escurridizo. A la imprescindible libertad de apreciación de las exigencias legales que ha de tener todo fedatario para prestar su facultad autenticadora, se une en este caso la no pertenencia del autorizante a corporación notarial, que podría establecer las sanciones profesionales, y la existencia de dos esferas independientes, la civil y la eclesiástica

Por ello me inclino a considerar que, como mucho, la responsabilidad del párroco podría venir, mediante el ejercicio judicial de una acción personal, a través del artículo 1902 del Código Civil, apreciados los presupuestos del mismo por el juzgador con extremo cuidado ya que, no nos olvidemos, el párroco no es un profesional del derecho como el notario, a quien pueda razonablemente exigirsele un mínimo grado de acierto en el enjuiciamiento jurídico de las circunstancias.

B) Aragón

Antes de la publicación del Apéndice al Código Civil correspondiente al Decreto Foral de Aragón de 7 de Diciembre de 1925, existía la duda de si podía ser autorizante solamente el párroco o por el contrario podían autorizar también el testamento todos los sacerdotes que tuvieran residencia fija en la parroquia. El Apéndice hablaba, en su artículo 22, del párroco o quien canónicamente le sustituya apartándose de la tradición aragonesa. En efecto Miguel del MOLINO, en su Repertorium Verborum et Observantiarum regni aragonum (edición de 1585), emplea indistintamente los términos capellanus, presbíteros, cléricus et vicarios; por otra parte el Fuero 1º De tutoribus no habla de párroco, sino del "capellán del lugar". El Proyecto de Apéndice de 1899 se refería "al cura párroco u otro sacerdote del lugar".

Con la aparición en 8 de Abril de 1967, de la Compilación al Derecho Foral de Aragón, el legislador parece volver los ojos hacia el derecho histórico aragonés. El capítulo II correspondiente al libro II, título II, lleva por encabezamiento la frase "Del testamento ante Capellán", con lo que entiendo se otorga la facultad autorizante a todos los sacerdotes que ejerzan la cura de almas en el lugar con tal que en él tengan su residencia fija.

Recuerdo a este respecto las palabras de PELLICER. "Los autores del Derecho Aragonés, al hablar de los testamentos que estudiamos, nombra únicamente a los párrocos, pero esto no puede significar que los Regentes, Coadjutores y demás sacerdotes con residencia fija en las feligresías de Aragón, carezcan de la facultad de autorizar testamentos abiertos en defecto del notario, y hallándose el testador en peligro de muerte; ante el precepto clarísimo del Fuero, y ante la Jurisprudencia sentada por la Audiencia de Zaragoza, nada significa esta circunstancia, y más si se tiene en cuenta que los párrocos son los que, generalmente, se ven precisados a autorizar los testamentos, ya porque en la mayor parte de las pobla-

ciones no hay más sacerdotes que ellos, ya porque también son los que en el desempeño de su sagrado ministerio asisten ordinariamente a los moribundos. A pesar de lo que acabamos de consignar, consideramos que la prudencia exige, para evitar todo peligro de pleitos y disgustos, que, cuando sea posible se conceda a los párrocos la preferencia en la autorización de las disposiciones testamentarias" (58).

Recogía el Apéndice al Derecho Foral de Aragón una antiquísima costumbre aragonesa: la posibilidad de que fueran autorizantes de esta forma testamentaria los capellanes o pasioneros del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza. Tan arraigada estaba esta costumbre que en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses celebrado en 1880 se acordó solicitar dicha facultad para los capellanes de todos los hospitales aragoneses que estuvieran sostenidos con recursos provinciales o municipales (59).

La Compilación de 1967 ha suprimido, con acertado criterio, esta especialidad que carecía de razón de ser en los tiempos actuales.

C) Navarra

Los Fueros de la Novenera se referían al "capeillano", que por su indeterminación suscitó la duda si afectaba tan sólo al párroco o también a cualquier otro sacerdote que ejerciera su ministerio en el lugar.

La Novísima Recopilación dió solución amplia a la duda propuesta, diciendo que el testamento podía otorgarse "en presencia - del Cura o de otro Clérigo, sean los testigos tres".

Así el texto, por "Cura" se entendió el "Cura Párroco", co

mo cargo eclesiástico de mayor rango y categoría; y solamente en defecto de "Cura Párroco" entraban en juego los Clérigos.

En consecuencia, la Ley recopilada establece que cuando no hay notario que autorice el testamento se otorgue en presencia del cura o de otro clérigo lo cual ha de entenderse en el sentido de - que si bien debe concederse preferencia al párroco, la disyuntiva - "o" indica que puede otorgarse el testamento tanto ante el párroco como ante otro clérigo.

En Navarra no es necesario que sea autorizante el párroco propio, aunque comúnmente así se verifica; un clérigo no difamado es bastante para autorizar el testamento, dice CANDAL (60), aunque precise SOLCHAGA, solo a falta de aquél puede actuar éste (61).

Todo ello ha sido confirmado por la Compilación de 1973, - al señalarse que podrá otorgarse el testamento ante el párroco del lugar u otro clérigo ordenado de Presbítero. Soy, pese a que del - texto legal no se desprende claramente, participe de la opinión de Solchaga, pues parece deducirse un cierto orden de prelación, nota rio, párroco, otro clérigo y finalmente, en defecto de los anteriores, simples testigos.

6.2) Otorgante

A) Cataluña

El tantas veces mencionado capítulo 10, título III de las Decretales de Gregorio IX, al hablar del "testamenta quae Parochia ni coram presbytero suo... fecerint" impone como condición que el testador sea feligrés de la parroquia en que tenía lugar el otorga miento. Este requisito cayó en desuso y ya esta condición fue olvi dada en la Real Provisión de 29 de Noviembre de 1736. La condi- - ción de parochianos, exigida por las Decretales, fue sustituida por

la costumbre que introdujo la posibilidad de otorgar este testamento a todo católico, cualquiera que fuere su feligresía o vecindad eclesiástica, bastando con estar presente en el territorio. "La Real Provisión de 29-11-1736 reconoce este cambio en la institución que lejos de haberla alterado, dice MASPONS, la ha sostenido en su verdadera naturaleza y manera de ser. Y tanto es así, que si se hubiera mantenido estancada en su fórmula primitiva, sujeta a la esclavitud de la letra, se hubiera convertido en un arcaísmo de utilidad mucho más restringida y por añadidura perturbadora. Baste al efecto considerar, de una parte, que desde que empezó, aún cuando fuera muy relativamente, la facilidad de comunicaciones que no existía en sus primeros tiempos, para el no parroquiano era como si no existiera, y, de otra parte, que el hecho de la coincidencia del párroco y de un feligrés suyo, dondequiera que se encontrasen, podía convalidar el acto, con lo cual resultaba que en un mismo lugar tenían facultad de autorizar testamentos tantos párrocos como se encontraran en él con el parroquiano testador y que, además, por natural consecuencia nacía la necesidad de probar en cada caso la condición personal del otorgante, como requisito previo para reconocer la validez del instrumento" (62).

El artículo 102 de la Compilación de Cataluña ha venido a recoger la costumbre y establecer que podrá otorgarse este testamento ante el párroco de la demarcación parroquial en que se halle el testador o ante quien haga las veces de aquél.

Siempre que el testador se encuentre en territorio del antiguo Principado podrá otorgar testamento parroquial ante el párroco del lugar o quien ejerza sus funciones.

A este respecto, conviene citar, por lo indicativas de la enorme y actualísima utilidad del testamento ante párroco, las palabras de FAUS y CONDOMINES comentaristas de la Compilación de 1960: "Fue objeto de especial atención por la Ponencia, el proble-

ma de si el párroco podía autorizar únicamente el testamento de - sus feligreses o de las personas que accidentalmente se encontraran en su parroquia. Aunque el primer criterio respondía más a la doctrina clásica catalana, se admitió el segundo, especialmente por - la experiencia de estos últimos tiempos, en que se han dado varios casos de accidentes graves de circulación, en que se ha requerido rápidamente al párroco para la administración de los últimos Sacramentos y la autorización del acto de última voluntad" (63).

Por consiguiente, en cuanto a la residencia, vecindad o domicilio, dada la redacción del artículo 102 de la Compilación, ha de entenderse que ninguno de estos requisitos es exigible al testador que pretenda testar ante el párroco. Sólo se requiere que el - testador se halle en algún lugar de la respectiva demarcación parrroquial, aunque sea accidentalmente o como transeunte. Tanto da - que sea o no vecino, residente o domiciliado, hombre o mujer, catalán o de otra regionalidad civil española, o extranjero.

Por lo que se refiere a su religión, es inoperante que el testador sea o no católico. Como la potestad conferida a los párrocos tiene su origen histórico en las funciones notariales que compartían con los Oficiales Públicos del orden civil, no hay duda - que en la actualidad también la tienen para autorizar testamentos de personas no católicas, ya pertenezcan a otra religión cristiana, ya a otra cualquiera o bien se trate de ateos. Como es lógico, en estos casos faltará la usual profesión de fe o invocación de Dios o de la Santísima Trinidad, que es costumbre consignar en la cabecera del testamento.

Esta forma de testar no está limitada al que lo hace in artículo mortis, sino que puede usarse en todo tiempo. En derecho - histórico no se exigía el peligro de muerte. Ni el tan repetido capítulo 10, título 26 del libro III de las Decretales, ni la Real - Provisión de 29 de Noviembre de 1736, dictada por Felipe V, e igual

mente muy repetida, requieren que el otorgante del testamento lo - haga in articulo mortis.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 19-4-1893, señaló que no se halla texto alguno que abone la opinión de que sólo es válido el testamento ante párroco cuando se otorga in extremis.

Siendo la facultad del párroco una facultad notarial, puede autorizar ni más ni menos que los testamentos que el notario autoriza en iguales condiciones. En consecuencia, para que el párroco pueda autorizar, no es necesario que el testador esté enfermo o en peligro de muerte, y no solo porque no exista disposición legal que así lo disponga, pues la Compilación de 1960 ha venido a recoger - el derecho histórico y no habla de peligro de muerte en el testador, sino también porque ello responde a una cierta lógica y razón histórica. En efecto, la finalidad del testamento es facilitar la sucesión testamentaria a toda persona sin tener que desplazarse - hasta la capital del distrito notarial por seguirse en Cataluña la tradición romana que consideraba deshonroso el morir sin testamento.

En base a las anteriores razones legales e históricas los autores que se han ocupado de la institución del testamento ante - párroco, estiman en su totalidad que los párrocos de Cataluña pueden autorizar válidamente testamentos en las localidades donde no haya notario, hallándose el testador en plena salud (64).

Ya resalté al analizar aspectos históricos del ejercicio - de funciones notariales por los párrocos que en los primeros tiempos, aquellos en que el derecho romano, que tanto influjo había - ejercido siempre en Cataluña, se encontraba hasta cierto punto olvidado y en proceso de sustitución en esta nacionalidad por un derecho canónico no elevado todavía a formal disciplina jurídica, - los párrocos venían autorizando toda clase de instrumentos públi-

cos, al ser la Iglesia la única poseedora de un cierto grado de cultura que pudiera plasmar por escrito la voluntad de los particulares. Sitúense estos momentos en los siglos que precedieron al XII en que, como señala CORBELLÁ, y ya quedó reflejado en su momento "... ya en documentos del siglo nono se ve figurar a los clérigos como escritores o redactores de ellos, práctica que sin duda se extendió a los testamentos y continuó en los tiempos posteriores recibiendo sanción canónica el año 1170 por Alejandro III" (65) y como destaca SANTAMARÍA, e igualmente se reseñó con anterioridad, "... la facultad reconocida en Cataluña... a los párrocos, durante una serie de siglos para desempeñar con mayor o menor extensión, según los tiempos, las funciones de la fe pública debió tener origen remotísimo... mencionado... a título de verdadera restitución... por el capítulo noveno de las Cortes celebradas por D. Pedro I, en Barcelona, en 1283" (66).

Elevado a fuente escrita el Derecho canónico por las Decretales de Gregorio IX y confirmada la autorización de testamentos por párrocos en la Real Provisión de 29-11-1736 por el Derecho del Estado, no hay duda, y así ha quedado demostrado plenamente con todas las consideraciones históricas hechas con anterioridad, que la facultad autorizante de testamentos que en Cataluña corresponde a los párrocos es una facultad plena, sin limitaciones distintas a las que corresponderían al notario como autorizante de testamentos. La inexistencia de éste, como señala la Compilación al Derecho civil de Cataluña de 1960, permite acudir a cualquier testador en potencia a las funciones autenticantes de testamentos que corresponde a los párrocos y sustitutos.

Pese a esto no ofrece duda que si bien el derecho positivo permite otorgar testamentos ante párroco en Cataluña, aunque el testador se halle en perfecto estado de salud, las circunstancias sociales del momento actual, restringen hoy día en la práctica enormemente la utilización de esta forma de testar, que fundamentalmente se dará en aquellos casos en que la urgencia de testar, -

normalmente por peligrar la vida del otorgante, no permita acudir a notario.

En efecto, esta situación es totalmente lógica en los tiempos actuales, por las circunstancias existentes. En primer lugar, la organización notarial presente permite sustituciones legales - muy amplias entre notarios, dentro de municipios pertenecientes a un mismo Distrito notarial, o entre los residentes en distintos - términos municipales, contiguos aún perteneciendo a distinto Distrito Notarial, todo ello según el capítulo 1º del título III del Reglamento del Notariado de 2 de Junio de 1944; y asimismo la situación actual del Cuerpo Notarial no propicia la existencia de - notarías vacantes por periodos de tiempo largos. Por otra parte, en Cataluña las poblaciones en que no exista notaría demarcada, - por razones de distribución geográfica de la población, que no - suele estar agrupada, como en otras regiones, en pequeños núcleos o caserios, siempre estarán muy próximas a núcleos de población - en los que exista notario que pueda actuar en virtud de las susti- tuciones recogidas en el precitado capítulo 1º, título III del Re- glamento del notariado de 2 de Junio de 1944.

Esta situación de hecho, unida a que, como dije con anterioridad, los párrocos no están excesivamente preparados para traducir en correcta terminología jurídica, que pueda tener una eficacia posterior, unas disposiciones testamentarias, que, hoy día, podrán tener cierta complejidad, les inclina a evitar las autorizaciones cuando las circunstancias del testador no sean de urgencia en su necesidad de testar. Antes, como señalaba anteriormente, la organización notarial estaba menos desarrollada, las disposiciones testamentarias solían ser menos complejas, y los formularios que habían en todas las parroquias en los "libri testamentorum" permitían a los párrocos salir airoso del trance. Hoy - día la situación actual inclina a los párrocos a obviar en la medida de lo posible estas autorizaciones.

En resumen, que legalmente los párrocos en Cataluña pueden autorizar testamentos otorgados por quien se encuentra en perfecto estado de salud y quiera testar, pero en la práctica son autorizados normalmente estos testamentos por el párroco cuando haya razones de urgencia, por enfermedad o por otros motivos. No es que no se den testamentos parroquiales otorgados sin circunstancias apremiantes, sino que, sobre todo en la provincia de Barcelona, la mayoría serán autorizados concurriendo estas circunstancias. Por la distinta distribución territorial de la población, en las provincias de Tarragona, Gerona y Lérida, ocuparán un porcentaje mayor, dentro de ser minoría, aquellos testamentos otorgados por testadores en situación de normalidad.

El resto de las circunstancias relativas a la capacidad personal del testador, son las señaladas en normas de Derecho común, representadas por los artículos 662 a 666 del Código Civil. La capacidad para testar de esta forma es la regla general y el testamento ante párroco puede ser otorgado por cualquier persona que no se halle incapacitada para ello expresamente por la Ley, cualquiera que sea su nacionalidad, regionalidad, vecindad o religión.

B) Aragón

Nada dice respecto al otorgante la Compilación aragonesa como tampoco decía nada el Apéndice de 1925.

Tampoco encontramos en derecho histórico aragonés, especialidad alguna acerca de las personas que pueden hacer uso de esta forma testamentaria. El Fuero 1º "De tutoribus Curatoribus" no establece diferencia alguna entre feligreses y no feligreses, pues habla sólomente de testadores.

En consecuencia, el testamento ante párroco puede ser - -

otorgado por cualquier persona que no se halle incapacitada para ello expresamente por la Ley.

La capacidad para otorgar este testamento es, pues, la regla general; pueden otorgar este testamento toda clase de personas capacitadas para testar, cualquiera que sea su nacionalidad, regionalidad o vecindad, o religión; no es preciso tampoco que el testador se encuentre domiciliado en la localidad donde el otorgamiento tenga lugar, pues basta que se encuentre en él cualquiera que sea el tiempo y causas de tal estancia.

La circunstancia de hallarse o no el otorgante en riesgo de morir, ya quedó analizada en otro momento, por lo que lo antes dicho se da aquí por reproducido.

C) Navarra

No hay ninguna circunstancia especial que exija capacidad distinta de la que para testar se establece con carácter general. Es decir, que esta forma testamentaria no precisa de distinta capacidad que la de los testamentos comunes u ordinarios. Sólo se requiere que el testador se halle en algún lugar de la respectiva demarcación parroquial, aunque sea accidentalmente o como transeúnte, siendo indiferente que sea navarro o de otra regionalidad civil española, católico o de otra religión. Basta que el testador se halle en inminente peligro de muerte.

6.3) Testigos

A) Cataluña

Anteriormente quedó señalado que el Decreto de Alejandro III, incorporado a las Decretales de Gregorio IX en el capítulo -

10, título 26, libro III, disponía: "... et tribus vel duabus alliis personis idoneis in extrema fecerint voluntate...".

Partiré de la Decretal para analizar la figura de los testigos y su intervención en esta forma de testamento.

Según advierte PELLA y FORGAS (67) con la palabra idóneos entienden los canonistas que deben aplicarse los preceptos del Derecho Civil, respecto a los que no puedan ser testigos (artículo 681 del Código) siendo de esta opinión MASPONS (68).

La tendencia de épocas posteriores fue igualmente favorable a la presencia en el otorgamiento de dos o tres personas idóneas. Así las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Enero de 1861; 8 de Enero de 1866 y 28 de Diciembre de 1872, e igualmente la opinión de tratadistas de relieve como BORRELL i SOLER (69) y MOUTON y OCAMPO (70). La primera de dichas sentencias, por ejemplo dice que "aunque según el derecho privilegiado vigente en Cataluña, los Curas-Párrocos y sus tenientes, en los lugares donde no haya escribanos, pueden recibir y autorizar el testamento, y éstos son válidos, concurriendo a un otorgamiento sólo dos testigos llamados al efecto, deben ser éstos capaces e idóneos".

La doctrina en algún caso estimaba que en el testamento parroquial era preciso que los testigos fueran rogados al efecto (71).

Publicada la Compilación de 1960, en su artículo 102 se establece que en el testamento ante párroco se observarán las formalidades exigidas por el Código Civil, salvo, respecto a los testigos, que serán siempre dos, sin requerirse que sean rogados ni que aprecien la capacidad del testador, y sin que en su carácter de testigos instrumentales hayan de conocerle, aunque deberán firmar. El número de testigos es, por tanto, de dos no rigiendo en -

este aspecto la exigencia de tres que, para el testamento abierto, señala el artículo 694 del Código Civil.

Esta suficiencia de solamente dos testigos, que es característica del régimen jurídico catalán, tiene su fundamento en la ley canónica representada por el libro III, título 26, capítulo 10 de las Decretales de Gregorio IX y en las leyes del "Corpus Canonici" relativas a otros otorgamientos testamentarios y adverbios que allí concuerdan.

Respecto al requisito de la rogación de los testigos en el testamento ante el párroco, que hoy ha quedado sin efecto por lo dispuesto en el artículo 101, párrafo primero de la Compilación, ha de tenerse en cuenta la Sentencia de 12 de Abril de 1954, cuya doctrina es aplicable a los testamentos anteriores a la Compilación: "En Cataluña el testamento ante el párroco es un testamento especial, que se rige por lo dispuesto en el capítulo 10 de las Decretales, libro 3, título 26 De testamentis, que sólo exige que se lleve a efecto ante el párroco y dos o tres testigos idóneos, sin que a título de interpretar lo que ha de entenderse por testigos idóneos, pueda exigirse que los testigos sean rogados, aplicando el Derecho Romano, cuando al anteponerse un derecho más moderno al antiguo, como concurre en aquella región al dar preferencia como derecho supletorio al canónico sobre el romano, es evidente que, como han sostenido los antiguos juristas catalanes, el derecho canónico fue aceptado como corrector del romano, y por lo tanto sólo será aplicable este último cuando no se regule la institución o acto de que se trate en el derecho canónico, pero no para modificar sus disposiciones; siendo además esa interpretación de que los testigos deben ser rogados opuesta a la finalidad de esta clase de testamentos en los que se simplifican los requisitos para hacerlos, cuando falta el notario, más factibles; y no puede causar extrañeza que se prescinda en ellos de un requisito de tan escasa y discutible transcendencia, cuando en la propia legislación del Principado, desde la concesión del privilegio Recog

noverunt proceres por el Rey Don Pedro III de Aragón -II de Cataluña-, en 1283, no es necesaria la rogación de los testigos ni en Barcelona ni en las poblaciones ni territorios a los que después se extendió su vigencia, ocurriendo lo mismo en la legislación de Castilla, desde que en la Ley única del título 19 de los Testamentos, del Ordenamiento de Alcalá, promulgado en 1348, se prescindió también de este requisito; y al seguirse esta doctrina en la sentencia impugnada, no considerando nulo el testamento discutido porque no fueron rogados los testigos que concurrieron a su otorgamiento, no se han infringido como se sostiene en el motivo segundo del recurso, por su aplicación, las leyes veintiuna del Título veintitres de Testamentis et Quomodomodum testamenta ordinentur, Libro 6º del Código de Justiniano, ni la constitución única, título primero, libro sexto, volumen segundo de las de Cataluña, dada por el Rey D. Pedro IV de Aragón -III de Cataluña- a Barcelona, que se refiere solamente a los testamentos hechos ante notario, a los que se reconoce validez aunque adolezcan de determinados defectos, entre estos que los testigos no hayan sido rogados, requisitos, que como ya queda dicho no se exigían ya en aquella ciudad desde que se le concedió el citado privilegio Recognoverunt Proceres" (72).

En resumen, respecto al requisito de la rogación de los testigos en el testamento ante el párroco, viene a confirmar el artículo 102, de manera expresa, la que constituía con anterioridad interpretación unánime de los juristas catalanes y que había sido confirmada por la citada Sentencia de 12 de Abril de 1954, en cuanto a los testamentos ante el párroco anteriores a la Compilación. Todo ello por entender que la exigencia de la rogación, propia del Derecho Romano, había desaparecido al desconocerla el Derecho Canónico, antepuesto a aquél como más moderno y preferente en concepto supletorio y corrector; además, el requisito de la rogación de los testigos sería opuesto a la finalidad de esta clase de testamentos, en los que se simplifican los requisitos para hacerlos, cuando falta el notario, más factibles.

No podrán ser testigos en estos testamentos (según el artículo 108 de la Compilación, casi paralelo al 681 del Código Civil) autorizados por el párroco:

1º.- Los menores de edad o incapaces para testar.

2º.- Los mudos y los totalmente sordos o ciegos.

3º.- Los condenados por delitos de falsificación de documentos o falso testimonio.

4º.- Los favorecidos por el testamento.

5º.- Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del heredero, instituido y del párroco autorizante.

Para evitar posibles impugnaciones y por asimilación a la prohibición impuesta por la Ley civil de ser testigos testamentarios a los "oficiales, auxiliares, copistas y subalternos del notario autorizante", atendida la desconfianza que pueden inspirar tales testigos, entiendo que tampoco podrán serlo las personas - laicas que actúan como cooperadores parroquiales en las funciones de un Curato, si el párroco es el autorizante del testamento.

Según estableció la Sentencia 21 de Octubre de 1915, no - tienen incapacidad para ser testigos los sacerdotes adscritos a - una iglesia, a la que se hace un legado, ni el confesor en la última enfermedad.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 594 del Código Civil los dos testigos deben ver y entender al testador y es aconsejable que uno de ellos, al menos, sepa y pueda escribir; - aunque según la Compilación (Artículo 101), ambos deberán firmar.

B) Aragón

Respecto a los testigos, el Fuero 1º "De Tutoribus Curatoribus" dispuso que cuando el testamento de referencia se otorga en poblado, si no hay dos testigos de las condiciones requeridas, bastará uno que sea vecino del pueblo, y a falta también de éste, ante el sacerdote y una mujer de buena fama. Si se celebra en des poblado y no es posible reunir los dos testigos sin tacha ni incapacidad, es suficiente otorgarlo ante el párroco y dos varones mayores de siete años y no habiéndolos, ante el capellán y una mujer de buena fama que servirá de testigo. Puede igualmente otorgarse de palabra mediante un papel privado que se leerá íntegramente al testador, sacerdote y testigos; y por medio de interrogatorio, o sea, preguntando el párroco o uno de los testigos y contestando el causante.

El artículo 90 de la Compilación de Aragón señala que bastarán dos testigos, siguiendo el criterio del Apéndice de 1925 - que a su vez mantenía el de la Observantia II De testamentis. Aunque no se dice en la Compilación nada acerca de su carácter resulta lógico considerar habrán de ser capaces e idóneos por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 681 del Código Civil.

La última causa de inidoneidad de este artículo ha de entenderse en el sentido de que alcanza la inhabilidad a personas dependientes no ya del párroco directamente sino de su iglesia - siempre que aquél tenga poder para nombrarlos o separarlos.

El que la Compilación fije en dos el número de testigos, no quiere decir que no puedan intervenir más testigos en el otorgamiento. "Por el contrario -dice Romeo- sería recomendable que así ocurriese, pues de esta forma se asegura la eficacia del testamento ya que, al exigir la Ley para su adverbación, la presencia del eclesiástico y dos testigos, la ausencia del testimonio de -

uno de ellos, podría suplirse con el testimonio de los restantes. Con esta observación, parece que queremos indicar que la postura de la ley hubiese sido más acertada exigiendo un mayor número de testigos, pero no es ésta nuestra opinión ya que -como dice ALONSO LAMBAN- lo sólo conveniente nuestro derecho lo ha considerado siempre potestativo, a merced de la voluntad de las partes, mostrando con ello un sentido en la más pura equidad, pues menor mal constituye el que un testamento otorgado ante dos testigos pueda presentar dificultades y problemas probatorios a posteriori, si -uno de ellos fallece, que condenar contra la razón moral y el Derecho natural a nulidad, una disposición mortis causa, por el detalle de faltarle la intervención de un tercero, quinto o séptimo testigo" (73).

Si bien han perdido importancia las palabras de este autor queden reproducidas como demostrativas de lo que sin duda impulsó al legislador a incluir el párrafo 4º del artículo 93.

C) Navarra

La particularidad fundamental de los testigos en el testamento navarro es que, además de ser idóneos habrán de ser rogados. El requisito de la rogación, que respecto a Aragón fue suprimido ya por el Apéndice de 1925, continúa vigente en la actualidad al establecer la Ley 185 de la Compilación navarra que en los testamentos otorgados en Navarra, los testigos deberán ser idóneos y -rogados, recogiendo una peculiaridad histórica que arranca del Fuero de Jaca. Y refiriendo peculiaridades del derecho histórico navarro, hoy ya derogadas, se puede recordar que en otro tiempo -no podían ser testigos las mujeres y, en principio los testigos -habían de ser vecinos del lugar del domicilio del testador, si se pudiese, y si no, de aquél en que hiciera el testamento. Esta disposición, recogida con carácter general para los testamentos por el "Fuero General" atribuido a Teobaldo I (1234-1253) fue modifi-

cada por el capítulo II del "Amejoramiento" de Felipe III (1330) que determinó que "todo fidalgo y cualquier otro hombre que pueda hacer testamento puede hacer su destin donde quiera que sea pudiendo nombrar para testigos a los hombres buenos que eligiese de cualquier condición que fuesen". La Ley aprobada en Cortes de Pamplona en 1604, en la que por primera vez aparece expresamente la institución que estudio, y recogida bajo el epígrafe ley 10, título 13, libro II de la Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra proporciona base en favor del requisito de la vecindad de los testigos al decir "en presencia del cura o de otro clérigo y dos testigos, y si tampoco hubiese clérigo que sean los hermanos (testigos) tres y que no sean parientes ni criados de los herederos o personas que tengan interés en el testamento, y que sean vecinos del mismo ante quienes declaren su voluntad, o por escrito o de palabra, con tal que dicha declaración sea con palabras dispositivas y que su última voluntad es aquélla".

Esta exigencia histórica de la vecindad, hoy día está limitada al caso de los testamentos otorgados sólo ante testigos.

Exigiendo la Compilación que los testigos sean idóneos, habrá de darse en ellos las circunstancias necesarias en derecho común para tal calificación, es decir, no estarán incursos en alguno de los supuestos referidos en el artículo 681 del Código Civil. Las únicas particularidades en materia de testigos en el testamento otorgado ante párroco o clérigo en Navarra es que, además de conocer al testador, habrá de apreciar su capacidad de testar, de conformidad con el párrafo primero de la Ley 186. El párrafo tercero de ésta no previene sino una fórmula semejante, aunque in necesariamente más amplia, ya que quien sabe escribir sabe leer, a la establecida para el testamento abierto por el artículo 694 del Código Civil.

7) Contenido del testamento parroquial en los tres territorios forales

Antes de entrar en el estudio de los aspectos formales, es preciso hacer unas consideraciones breves sobre la normativa reguladora de los aspectos contenidos de la sucesión testamentaria - que autoriza el párroco o clérigo.

Los artículos 9, apartado 1 y apartado 8, y 11, apartado 1, del título Preliminar del Código Civil, en relación con el 13, apartado 1 del mismo Título, darán la clave del problema.

Las formas y solemnidades de los testamentos se regirán - por la Ley del país en que se otorguen, según el apartado 1 del artículo 11 del Código Civil, con independencia de la Ley personal del otorgante que, en virtud de su vecindad civil, podrá ser la del derecho civil común, la de otra región foral, o la extranjera por no ser español. En consecuencia, un testamento otorgado en Cataluña puede ser autorizado por un párroco, siempre que se den los supuestos prevenidos por el derecho foral catalán - artículo 102 de la Compilación- rigiéndose por este Derecho aunque remita el artículo 101 al Derecho común. Un testamento ante capellán se dará en Aragón cuando se cumplan las circunstancias determinadas en el artículo 91 de la Compilación de 1967 y un testamento será autorizado por párroco o clérigo en Navarra en los casos previstos en la Ley 189 de la Compilación navarra. Es decir, en cuestiones formales se rigen estos testamentos forales por las normas propias de su particular régimen jurídico, aunque en muchas cuestiones no prevenidas se apliquen formalidades de Derecho común.

Pero por lo que se refiere al contenido del testamento, rige la ley personal del otorgante, de conformidad con el artículo 9, apartado 1 y 8, del Código Civil, y siendo diferentes los aspectos testamentarios sustantivos en territorio de Derecho común

o de los restantes territorios forales, cada testador habrá de acomodar a la regulación sustantiva de los testamentos vigente en el territorio de su vecindad civil -según el artículo 14 del Código Civil- el contenido de su disposición testamentaria, y los extranjeros habrán de hacer testamento, en cuanto a su contenido, con -arreglo a la legislación de su propio país.

En conclusión, el testamento ante párroco en las regiones forales en que existe, se daptará, en el aspecto formal, a lo dispuesto en cuanto a solemnidades y formalismos en las Compilacio---nes respectivas, complementadas en cuanto fuere necesario y procedente, por las normas del Derecho común.

Por el contrario, en cuanto al contenido se sómetará a la ley personal del testador, que será la regional respectiva si se trata de español, o la nacional correspondiente si es extranjero el otorgante, en correcta aplicación de la Doctrina de los Estatutos, recogida incluso de forma expresa en la Ley 10 de la Compilación navarra.

8) Formalidades

A) Cataluña

Antiguamente su aplicación práctica era regulada por las Sinodales de cada obispado y, por tanto, en ciertos aspectos se -utilizaban fórmulas distintas, aunque en lo sustancial hubiera --coincidencia; por otro lado, los párrocos seguían el método que -habían encontrado en sus feligresías establecido.

El capítulo 10 de las Decretales no consignaba requisito ni ritualidad alguna como necesaria; de aquí que al ser adoptado en un principio, no revistiese caracteres ninguno de solemnidad, hasta el punto de que en casi todas las parroquias, los libros -

llamados "De testamentos", se llevaban sin formalidad alguna y, sin más garantía de veracidad que la fe que se depositaba en ellos se consignaban las últimas voluntades sin firmas del testador o testigos.

Por las anteriores razones y como antiguamente bastaba la autoridad del notario autorizante para dar fe de la validez de los documentos públicos, sin que fuera preciso adjuntar a su firma la del otorgante y de los testigos, como exige el artículo 17 de la Ley Orgánica del Notariado de 26-5-1862, en gran parte del territorio catalán era suficiente la firma del párroco para que el testamento pudiera conceptuarse válido.

El testamento ante párroco, en las condiciones que tuvo en sus primeros tiempos, no podía subsistir, ya que ninguna razón ni necesidad alguna, abona su existencia sin formalidades que sirvan de garantía de autenticidad; y la práctica, al mismo tiempo que la Jurisprudencia, fueron revistiendo a este testamento de las mismas condiciones y ritualidades que se exigen para el otorgado ante notario, situación que ha sido recogida por la Compilación de 1960.

Dispone el artículo 102 de la Compilación que "se podrá otorgar testamento en forma abierta ante el párroco". Este precepto constituye una importante innovación de la vigente Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, pues en el Derecho anterior a ésta se podía testar ante el párroco en las formas cerrada y abierta, como nos recuerda, entre otros, BORRELL I SOLER (74).

El artículo 102 de la Compilación prescribe la observación en los testamentos ante párroco de las solemnidades prevenidas en la misma para los testamentos ante notario, en todo lo que dicho artículo no se refiere a formalidades. La regulación de las solemnidades de los testamentos ante notario, en Cataluña, en to-

do lo no previsto por el artículo 101 de la Compilación, es la -- contenida en el Código Civil. Por tanto se observarán los requisitos formales establecidos en el artículo 695 y siguientes del Código Civil incluida la unidad de acto a que hace referencia el artículo 699.

El párroco, dado que actúa como notario, deberá cumplir -- con los requisitos generales que para la redacción de instrumen--tos establece la sección primera del capítulo II del título IV -- del Reglamento Notarial de 2-6-1944, si bien el requisito del pa--pel timbrado no es indispensable, en mi opinión, y, en caso nece--sario, su falta no será obstáculo para el otorgamiento. Exigir lo contrario sería dificultarlo, en contra de la finalidad de la institución que estudio, pues conseguir papel timbrado resulta poco menos que imposible en pequeños pueblos y caserios, marco tan frecuenta del testamento parroquial. El Tribunal Supremo en Senten--cia de 29-12-1870 reconoció que "los testamentos ante párroco no quedan nulos por falta del requisito del papel sellado correspon--diente a que hacía referencia la Real Provisión de 19-11-1736". -- Puede en ocasiones prescindirse --dice CANDAL-- de ciertas formalidades tenidas por necesarias como prueba la importante doctrina -- sentada por el mismo Tribunal, en Sentencia de 28-12-1892, que declara, aplicando la doctrina de ley III, título XVIII, Partida 3ª, la validez de un testamento hecho ante párroco que no niega que -- él lo escribió y que consta que es de buena fama, aunque los tes--tigos del mismo dijeron que no estuvieron presentes (75).

Aún admitiendo una cierta flexibilidad en las exigencias rituales de una institución jurídica influida por la costumbre y el derecho canónico, lo cierto es que habrán de someterse los testamentos ante párroco a los requisitos formales establecidos por la Ley Hipotecaria y su Reglamento para la inscripción en el Re--gistro de las escrituras de actos y contratos. Han de expresarse todas las circunstancias que bajo pena de nulidad deben contener la inscripción, y sean relativas a las personas de los otorgantes,

o a los bienes y derechos inscritos.

En buen número de testamentos otorgados ante párroco que he tenido ocasión de examinar, la parte inicial o encabezamiento, antes de hacer referencia al lugar y fecha del otorgamiento, hacía una invocación religiosa en éstos o parecidos términos: "En nombre de Dios, Nuestro Señor y de la Virgen María". Se trataba de una costumbre, lógica por otra parte, dado el origen de la institución en el Derecho canónico y la personalidad del autorizante, clérigo a fin de cuentas, que no se entendió nunca como necesaria, en el sentido de que el testamento pudiera ser considerado incompleto si no se observase.

Por iguales razones, la fecha, en ocasiones, se expresaba en relación con una festividad religiosa como "En el día de Navidad", o "En el día de la Virgen María de agosto del año tal", e incluso alguna vez se utilizaban fórmulas como "En el día de la fiesta mayor de este pueblo del año tal".

Si se ha recogido la institución del testamento ante párroco en la Compilación al Derecho Civil de Cataluña, ha sido precisamente por el respeto del legislador de Derecho común o General por el régimen jurídico escrito o consuetudinario de aquellas provincias o territorios en que existe el Derecho foral, respeto manifestado en el artículo 12 del Código Civil en la redacción del Título Preliminar dado en 1889 y en el artículo 12, párrafo 2º del nuevo texto del Título Preliminar de 31 de Mayo de 1974. Pero precisamente la finalidad de las Compilaciones es recoger lo que de sustantivo tiene el derecho histórico, escrito o no, y prescindir de aspectos adjetivos que, por no afectar a la esencia de las instituciones jurídicas forales y por no manifestarse acordes con el Derecho común, es posible obviarlos.

Por ello, acertadamente la Compilación de 1960 ha remitido las solemnidades al Derecho común, y en consecuencia se habrán de

observar en la autorización de los testamentos ante párrocos las solemnidades previstas en los artículos 695 y siguientes del Código Civil, así como los 156 y demás concordantes del Reglamento Notarial.

Se comenzará expresando la población en que se otorga, y si es fuera de ella, la aldea, caserio, masía o paraje, con expresión del término municipal y parroquia. A continuación, el día, - mes y año, además de la hora, siendo facultativo agregar otros datos cronológicos. Seguidamente, con la usual fórmula "ante mí..." se consignará el nombre, apellidos, residencia y parroquia del párroco autorizante o de quien haga sus veces, expresando su respectiva calificación eclesiástica.

Continuando con la palabra "comparece..." se expresarán - las circunstancias personales del testador, o sea su nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión, oficio y domicilio. Si el testador es español, se expresará si es de regionalidad civil catalana, sometido al Código Civil común o a otra regionalidad distinta. Si es extranjero, se indicará su nacionalidad. En todo caso, y aunque el párroco autorizante consigne aquí "conozco al testador", se transcribirá el documento nacional de identidad, su numeración y fecha de expedición, u otro documento de identidad si no se dispone de éste; lo mismo se hará en cuanto a los extranjeros, respecto a su documento nacional de identidad y su pasaporte consignando su numeración y demás datos, fecha de expedición y la que en él conste de entrada en territorio español.

Transcritas después las disposiciones del testador en que éste ordena su última voluntad, se leerá el testamento en alta - voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviese, será firmado en el acto por el testador, los dos testigos y el párroco. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos, dando fe de ello el párroco. El párroco hará siempre constar

que a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Cuando el testador presente por escrito su disposición testamentaria, el párroco redactará el testamento con arreglo a ella y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad. El que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento; y, si no sabe o no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del párroco. Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces: una por el párroco, y otra en igual forma por uno de los testigos y otra persona que el testador designe.

Todas las formalidades que han quedado expresadas se practicarán en un sólo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero. El párroco dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las formalidades y de conocer al testador o a los testigos.

El testador, los dos testigos y el párroco firmarán al final del testamento, así como en cada una de sus hojas, en su caso. A continuación del último renglón del instrumento público se consignarán las enmiendas y salvedades necesarias, con la aprobación de las partes y antes de la firma de quienes lo suscriban.

Es conveniente que en cada una de las hojas del testamento y aunque no exista precepto legal o reglamentario que así lo ordene, estampe el párroco el sello parroquial.

El párrafo 2º del artículo 102 de la Compilación catalana introduce una novedad respecto a la legalidad vigente con anterioridad. Establece que el testamento se custodiará en el archivo parroquial y se protocolizará conforme a las reglas de la legisla--

ción notarial.

Siguiendo una práctica inmemorial, los párrocos autorizaban testamentos y los conservaban, formando con todos los testamentos autorizados en la parroquia unos legajos que venían a ser auténticos protocolos. La protocolización se realizaba de muy diversas maneras. Por lo regular seguía el sacerdote el método que había encontrado establecido en su parroquia; así en algunas había un libro de testamentos en el que se copiaban unos al pie de los otros hasta quedar enteramente ocupado; en otros los párrocos escribían en pliegos o medios pliegos sueltos los testamentos que autorizaban poniéndolos después en un legajo que titulaban "De testamento".

Según señalé en su momento, cuando se promulgó la primitiva ley de Enjuiciamiento Civil de 5-10-1855, fue legalizado un procedimiento de protocolización de los testamentos que daba pie a que los organismos jurídicos se negaran a dar validez al testamento parroquial, y a pesar de que teóricamente una ley adjetiva no puede derogar las instituciones sustantivas, sino que debe amoldarse a ellas, fue iniciada una práctica prohibitiva que motivó otra vez reiteradas perturbaciones. La promulgación de la ley del Notariado vino a hacer más confusa, al adolecer del mismo defecto, la situación y el conflicto creado fue de tal naturaleza que la Audiencia de Barcelona hubo de dirigirse al Gobierno solicitando que pusiera término a ella. La contestación se hizo en la Real Orden de 15-12-1863 que confirmó la Real Provisión de 29 de Noviembre de 1736. La situación es descrita por CORBELLÁ en los siguientes términos: "Las copias de los testamentos y demás últimas voluntades que autoricen los párrocos, ha de librarlas un notario, quedando el original en poder del Cura autorizante, o de su sucesor en el caso, según se colige de la citada Real Provisión, que fue declarada subsistente, en el punto que nos ocupa, por la Real Orden de 15 de Diciembre de 1863" (76).

Este criterio fue confirmado por Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de Abril de - 1893 y de 29 de Abril de 1916, aclarando ésta última que la copia debe sacarse por medio de acta. La Resolución de 29 de Abril de - 1916 previene que las copias de los testamentos otorgados ante el párroco, que saca el notario trasladándose al archivo parroquial donde está custodiado el original, podrán ser inscritas en el Registro de la Propiedad aunque no lo esté en el de las últimas voluntades.

El Reglamento de 9 de Abril de 1917, dictado para eficacia de la Ley del Notariado, disponía en su artículo 259, que las copias de los testamentos autorizados por los párrocos de Cataluña, sean libradas por el notario más próximo a la parroquia en que esté archivada la disposición testamentaria, de entre las pertenecientes al distrito notarial en que se encontrare enclavada aquélla.

A través del Reglamento notarial de 1921, pasa el anterior texto al artículo 288 del Reglamento notarial de 8 de Agosto de - 1935.

A su vez el texto del Reglamento de 1935 se incorpora al artículo 228 del Reglamento del Notariado vigente de 2 de Junio - de 1944 añadiéndose que "... Cuando los notarios que se encuentran en dicha circunstancia fueren varios, la elección corresponderá a los interesados. Para la expedición de dichas copias, el notario que debe autorizarlas se constituirá en el Archivo Parroquial donde se conserve la matriz de las disposiciones testamentarias, salvo el caso de que los interesados soliciten expresamente que se autorice en el Despacho del notario.

Cuando se trate de copias que hayan de expedirse en virtud de mandamiento judicial, será el notario competente para autorizarlas aquél a quien le corresponda según el turno oficial de -

la población."

En virtud de la expresada innovación y a partir de 21 de Julio de 1960, los párrocos, después de haber autorizado testamentos, tienen que proceder a la protocolización notarial de los mismos, sin perjuicio de guardar en sus archivos parroquiales, las copias o notas que estimaren convenientes o que les fueren indicadas por los interesados. Tales protocolizaciones podrán ser efectuadas como se hace respecto a cualesquiera otros documentos.

Quizás motivado por el hecho de que el Reglamento Notarial no ha sido modificado hasta hoy y no hay normas reguladoras del momento y circunstancias en que tal protocolización ha de tener lugar, el artículo 102 de la Compilación catalana no se cumple y subsiste la situación anterior. Sería conveniente la publicación de unas normas claras que permitiesen dar aplicación a una norma que, por su carácter innovador, está más necesitada, para su efectividad, de un desarrollo reglamentario, y evitar tener que moverse en el terreno de la teoría, incumplida en la práctica.

En efecto, hoy día en Cataluña al fallecer el otorgante, ha de protocolizarse el testamento ante párroco conforme a las normas generales, si bien el mismo testador ha de poder solicitar también, en todo caso, que se protocolice notarialmente su testamento parroquial. Cuando se lleve a cabo la protocolización una vez fallecido el testador, como es lo normal las personas a quienes corresponde solicitar la protocolización son los interesados a que se refiere el artículo 226 del Reglamento Notarial, o sea, los herederos instituidos o sus representantes, legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se reconozca en ellos algún derecho o facultad; los parientes que, de no existir el testamento o ser nulo o en que no hayan sido reconocidos como legítimos, serían los llamados en todo o en parte a la herencia del causante y los instituidos en testamento revocado, así como la representación del Estado.

Puede ocurrir que el testamento que se presenta al notario para su protocolización adolezca de algún defecto formal, lo que no será raro dada la gran cantidad de formalidades que el Código Civil prevee para los testamentos abiertos. El artículo 102 de la Compilación remite a las solemnidades de los testamentos abiertos otorgados ante notario con lo que se somete el testamento parroquial a unas exigencias rituarías poco acordes con los casos en que se acude a esta forma testamentaria.

El artículo 211 del vigente Reglamento Notarial de 1944 - dice que en el texto del acta de protocolización se hará relación al hecho de haber sido examinado por el notario el documento que deba ser protocolado. Si en este examen el notario aprecia defectos formales, se plantea el problema de si deberá proceder a la protocolización. La cuestión es de cierta importancia, una vez - que la Compilación ha venido a dar forma y fuerza legal a aspectos que antes se movían en el campo de la costumbre. Para comprender el problema nada mejor que recoger las siguientes palabras de Verger "La acción para pedir la nulidad del testamento no es pú--blica y sólo pueden ejercitarla, entiende la doctrina, los interesados. Es muy discutido si dicha acción de impugnación del testamento implica un supuesto de inexistencia, de nulidad absoluta o de anulabilidad o nulidad relativa.

"Tiene declarado el Tribunal Supremo que no pueden ejercitar la acción de nulidad aquéllos que expresa o tácitamente hayan reconocido la validez del testamento y que tal asentimiento expreso o tácito convalida cuantos defectos hayan podido cometerse en su extensión (Sentencias 26-11-1901; 28-2-1906; 13-5-1916). Cuando se trata, pues, de nulidad del testamento por defectos de forma, parece obligado en vista de esta clara doctrina, dice OSSORIO MORALES, ("Manual de sucesión testada", 1957, pág. 477), admitir que el supuesto es de anulabilidad. Consideramos, en consecuencia, que en principio los defectos formales no podrán impedir protocolizar al notario el testamento, por tratarse en general de casos

de mera anulabilidad y por tanto con posterioridad, perfectamente subsanables por confirmación o por prescripción.

"Al contrario, cuando se trata de supuestos distintos y - claros de inexistencia, como en el caso de un testamento mancomu- nado por menor de 14 años, o el otorgado ante párroco en una loca- lidad donde hay notario, entendemos que no se podrán protocolizar, ya que estos defectos son insubsanables e imprescriptibles. Pocas veces, por fortuna, se dará un defecto claro de inexistencia.

"No obstante la protocolización notarial de los testamen- tos parroquiales, además de la justificación que tiene por las ra- zones generales en que se ordena la protocolización notarial de - diversos expedientes judiciales o administrativos y se practica - la de diversos documentos particulares, se apoya, más que en un - control riguroso que daría lugar a rechazar la protocolización de los testamentos meramente anulables, lo que sería improcedente y excesivo, en lograr, con el tiempo, una eficaz uniformidad, a la que se refería DURAN y BAS, una más adecuada y procedente inter-- vención por el notario y por su conservación en el Protocolo un - inmediato y directo acceso por los mismos interesados y otorgan-- tes de las escrituras notariales, a las que sirve de base originaria y permanente el testamento protocolizado.

"Una vez protocolado notarialmente el testamento parro- - quial, si adolece de defectos formales éstos impedirán -salvo en los supuestos en que entren en funciones las normas o institucio- nes de seguridad jurídica general- que pueda el testamento producir eficacia civil normal o plena hasta que no sea subsanado por confirmación con posterioridad a dicha protocolización. Mientras no son subsanados aquellos defectos la titularidad del heredero - testamentario en virtud de un título con defectos formales, se - equipara por la doctrina a un caso de titularidad carente de fir- meza o impugnabile o se concreta en una situación comprendida den- tro de la del heredero aparente (ver JORDANO: "La teoría del herere

dero aparente y la protección de los terceros". Anuario de Derecho Civil, 1950, pág. 678). La confirmación ha de efectuarse por todos aquellos a quienes corresponda la acción de impugnación o anulabilidad del testamento, que son los herederos abintestato, pero podrán también ejercitarla los que hubiesen sido designados en un testamento anterior, el cual, de anularse el posterior revocatorio, vendría a tener plena eficacia. Los interesados en este último caso no son sólo los herederos, sino también naturalmente los legatarios (Sentencias 26-6-1907 y 27-5-1913)" (77).

Después de protocolizado el testamento parroquial ya se podrá solicitar y expedir copias. A ellas se refiere el artículo 228 del Reglamento Notarial derogado de hecho ya que han quedado suprimidos después de la Compilación, los protocolos parroquiales.

B) Aragón

El sacerdote pondrá por escrito -dice la Compilación aragonesa- de su propia mano la voluntad del testador, con expresión del lugar y fecha y de las circunstancias que motivan su actuación; con él firmarán otorgante y testigos, o se expresará la causa de la imposibilidad de hacerlo (artículo 91, apartado 2).

Novedad de este párrafo respecto al derogado Apéndice es la necesidad de que el autorizante haga mención en el texto escrito de las "circunstancias que motivan su actuación". Esta exigencia puede considerarse como argumento en favor de la opinión anteriormente mantenida, de que junto a la ausencia de notario, se requiere el peligro de muerte del testador para poder otorgar testamento parroquial. También es nuevo el requisito de la expresión del lugar y fecha lo que supone una mejora respecto al texto del Apéndice dada la revocabilidad del otorgamiento.

El Apéndice aragonés no exigía la expresión de la fecha -

ni del lugar del otorgamiento. Los principales comentaristas venían manteniendo que es nulo el testamento en que no exprese el sitio en que tiene lugar la autorización. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1865, declaró nulo un testamento en que se prescindió de consignar la fecha de la autorización "porque por más privilegiado que sea un testamento, no debe carecer de las circunstancias esenciales, cuales son el día, mes y año del otorgamiento".

El legislador, haciéndose eco de esto, vino a recoger en la Compilación la referencia al lugar y la fecha.

A la firma del autorizante habrá de acompañar la del testador y la de los testigos o de los contrario se hará constar el motivo de la falta. Decía ALBAREDA, -refiriéndose al Apéndice derogado y recogiendo la opinión de RIVAS PEREZ y la doctrina de las Sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 5 de Junio de 1891 y 5 de Julio de 1893- que "no se precisa para la validez de esta disposición, la firma del testador y de los dos testigos, porque este testamento tiene su garantía en que los testigos y el Capellán digan anónimamente, en el acto de la adverbación que tal fue la voluntad de aquél" (78). La exigencia de las firmas es un acierto de la Compilación que ha de ponerse en conexión con el número 4 del artículo 93 de la misma.

El párrafo 3 del artículo 91 de la Compilación establece que "el testamento se custodiará en la parroquia y se cursará el oportuno parte al Colegio Notarial del territorio".

Recoge la Compilación aragonesa en cuanto a conservación del testamento una posición semejante a la adoptada por la de Cataluña. Resulta ello muy acertado, ya que es el párroco o sacerdote autorizante la persona idónea para garantizar en mejor medida la subsistencia del testamento y preservarlo del ataque de posi--

bles interesados en su destrucción; en la custodia de los archivos parroquiales, la Iglesia ha venido poniendo de antiguo el máximo celo y cuando el poder civil apenas se preocupaba de la conservación de sus archivos, la Iglesia atendía ya el problema. Si el testamento pudiera quedar en manos de cualquier persona estaría sometido a un indudable riesgo de extravío o desaparición intencionada o sin malicia; si quedase en manos del testador las garantías quedarían reducidas a las del testamento ológrafo cuando debiera de tener las del abierto.

"Tan pronto como el párroco tuviere conocimiento de la muerte del testador deberá presentar el testamento al juzgado competente del lugar del otorgamiento; y si no lo verifica dentro del término de 10 días, será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen por su negligencia.

Cualquier interesado, fallecido que sea el testador podrá denunciar al Juzgado la existencia del testamento a efectos de adveración" (párrafos 1 y 2 del artículo 92 de la Compilación). Recoge el legislador una fórmula semejante a la utilizada por su predecesor en los artículos 690 y 712 del Código Civil en relación con el testamento ológrafo y cerrado, respectivamente.

Parece que en Aragón, el requisito de la unidad de acto no se precisa en un sentido riguroso, pues las interrupciones que es necesario hacer por el estado de gravedad del testador no implican la nulidad del testamento.

Ya la Observantia 10 "De testamentis" decía "Item secundum Forum testamentum potest fieri pluribus intervallis".

Habrán de someterse los testamentos ante el párroco a los requisitos formales establecidos por la Ley Hipotecaria y su Reglamento para la inscripción en el Registro de las escrituras. Han -

de expresarse todas las circunstancias que bajo pena de nulidad - deben contener la inscripción, y sean relativas a las personas - de los otorgantes, y a los bienes y derechos inscribibles (79).

La Compilación de Aragón regula la adveración en los siguientes términos:

Artículo 93. 1. El testamento, a petición de parte intersada, se adverará por el Juzgado de Primera Instancia, previa convocatoria, al sacerdote autorizante y a los dos testigos del otorgamiento, y citación a los herederos instituidos y a los llamados a la sucesión intestada.

2. El Juzgado se constituirá ante la puerta de la Parro--quia del lugar del otorgamiento. El Secretario dará fe de conocer al sacerdote y a los testigos, y si no puede darla, se acreditará su identidad por dos testigos idóneos del lugar. Leído por el mismo el escrito testamentario, los adverantes, prestando juramento sobre los Santos Evangelios, declararán que aquel escrito contiene la disposición del testador; adverarán sus propias firmas y manifestarán si vieron al testador poner la suya. Todos suscribirán el acta con el fedatario.

3. Si no pudiera celebrarse la adveración ante la puerta de la iglesia, se procederá en la forma ordinaria para recibir las expresadas declaraciones.

4. Habiendo fallecido o hallándose imposibilitado para - formular sus declaraciones el sacerdote, y lo mismo cualquiera de los testigos, se suplirá su testimonio mediante comprobación de - la escritura de aquél y las firmas de uno y otros, por el cotejo pericial de letras.

5. El Juez podrá ordenar las demás diligencias que crea -

oportunas y, si estima justificada la identidad de testamento, - acordará que se protocolice notarialmente con las diligencias - practicadas. Cualquiera que sea la resolución del Juez, queda a - salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

En este extenso artículo destaca, por su novedad respecto al Apéndice de 1925 el apartado 4.

Anteriormente si el autorizante o algún testigo o todos - ellos fallecían antes de la adveración o por cualquier causa no - podían asistir a ella, el testamento resultaba ineficaz con arreglo a derecho positivo, pues era necesario la presentación de las mismas personas ante las que se había otorgado el testamento. La doctrina había venido manifestando complejas teorías en favor de una solución que permitiera la subsistencia del testamento (80).

Publicada la Compilación no existe problema alguno pues - en caso de ausencia de cualquiera de aquellas personas, se puede acreditar la identidad del testamento por los procedimientos en - ella fijados.

Si el autorizante hubiera perdido la calidad de párroco o hubiera dejado de desempeñar las funciones de éste, dado que el - escrito testamentario se guarda en el archivo parroquial, quien - posteriormente ejerza la cura de almas en la parroquia, deberá - comparecer ante el Juzgado solicitando la adveración. Para llevar ésta a efecto, no será necesario buscar y traer al autorizante si no que podrá acudir al procedimiento más sencillo previsto por la ley para el caso de fallecimiento o imposibilidad de declarar.

La doctrina venía dudando si podía usarse el exhorto para salvar el escollo de la ausencia de alguna de las personas que - asistieron, como autorizante o testigos, al otorgamiento del tes-

tamento. Entiendo que estas dudas estaban justificadas ante los -
términos con que se manifestaba el Apéndice de 1925.

Publicada la Compilación de 8 de Abril de 1967, creo que -
no ofrece dificultad la cuestión y que si el legislador ha ofreci-
do un procedimiento que salva el caso de imposibilidad absoluta -
de formular las declaraciones, en su ánimo ha estado el admitir -
el exhorto que las hace posible.

Decía CANDAL que "parece que, en Aragón, según se despren-
de de la Observancia 8 de "Testamentis" y de la 23 de "Fides ins-
trumentus" si una última voluntad averada según fuero, es redar-
güida no obstante de falsa por cualquier persona necesita de una
segunda averación, semejante a la primera, con lo cual quedará -
confirmado el testamento para siempre; pero sin embargo reputados
autores como PORTOLES, FRANCO, GUILLEN y otros, niegan la necesi-
dad y eficacia de esta segunda averación, para que el instrumen-
to público que lo haya sido una vez quede válido perpetuamente" -
(81).

Sin duda CANDAL no hubiera opinado así después del Apéndice y sobre todo después de la Compilación, pues en virtud de ésta el Juez podrá disponer, para formar su opinión, todas las diligencias que considere oportunas. Y "...Queda a salvo el derecho de -
los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda".

La Compilación no señala plazo para realizar la averación. Parece aconsejable no demorarla mucho tiempo después de la muerte del testador, aunque, ante el silencio del legislador, me inclino a pensar, con VIDAL TOLOSANA, que, si la averación se retrasa, -
no por ello se produce la ineficacia del testamento. La práctica demuestra que los testamentos se presentan al Juzgado cuando el -
testador fallece (82).

En unos lugares el Juez de Primera Instancia dirige personalmente y asiste a las diligencias de adverbación, mientras que - en otros comisiona a los Jueces Municipales y sobre todo a los de Paz.

Normalmente no suele rechazarse la adverbación de los testamentos otorgados ante párroco o quien haga sus veces.

La resolución judicial que declara adverbado el testamento adopta la forma de auto.

La Compilación de 1967 no habla de caducidad del testamento parroquial, como tampoco habían hablado ninguno de los Proyectos de Apéndice ni el de 1925.

Si el causante no fallece al poco tiempo del otorgamiento, puede plantearse la duda de si sigue siendo válido el testamento. Dado que se trata de un testamento común y no especial mantendrá toda su vigencia independientemente del tiempo transcurrido entre el fallecimiento del causante y la fecha en que salió del posible peligro de muerte.

Si, fallecido el causante, no se presenta el testamento - al Juez de Primera Instancia para su adverbación, tampoco se produce la caducidad del escrito testamentario. En la práctica es poco menos que imposible que se plantee este supuesto, debido a las garantías que el legislador ha tomado. Si el testamento se custodia en la parroquia comunicándose su existencia al Colegio Notarial; si el párroco autorizante o quien le suceda en el cargo es el - - obligado bajo sanciones a presentar el testamento; si, finalmente, cualquier interesado puede denunciar la existencia del mismo, es prácticamente imposible que el testamento no sea presentado al -- Juez para su adverbación en breve plazo. Si, no obstante, así ocurriera, en virtud de su naturaleza común el testamento no caduca-

ría; el legislador ha empleado una fórmula semejante a la prevista en el artículo 690 para un testamento, como el ológrafo, que nunca caduca.

En el caso de que, presentado el testamento al Juez de Primera Instancia, no se solicitase la adveración, ésta no puede realizarse de oficio. El legislador lo ha dicho claramente en el artículo 93 de la Compilación. Las diligencias de la adveración -dice Quintana refiriéndose al Apéndice, pero con palabras que podemos aplicar al derecho vigente- suponen unos gastos que los interesados en la sucesión, de común acuerdo, pueden acordar eliminar, evitando su práctica. Puede aplicarse, pues, al caso presente, - por analogía, los artículos 1943 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de los que se deduce la práctica de tales diligencias a instancia de la parte legítima, y en los que se indica qué personas pueden tenerse por tal. La resolución es que el testamento no caduca, debiéndose tener archivado en el Juzgado ante la posibilidad de que se inste su adveración. Naturalmente que el transcurso del tiempo irá haciendo cada vez más difícil la práctica de las diligencias que deban practicarse en tal acto (83).

C) Navarra

Como señala SALINAS en Derecho navarro histórico siempre se entendió por la doctrina que el testador puede manifestar su voluntad bien por escrito o bien de palabra, en presencia del párroco, o clérigo, haciendo constar expresamente que, efectivamente, aquél es su testamento, su última voluntad.

De conformidad con lo dicho por el testador por escrito o de palabra, entonces el párroco o clérigo debe redactar el testamento, con expresión de lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento.

Debía constar la naturaleza y filiación del testador, sin que fuera necesario expresar la identidad del mismo ni menos su capacidad a juicio del párroco o clérigo.

Después de escrito se hacía lectura a la que asentía el otorgante o hacía los reparos pertinentes y firmaba el documento con todos los intervinientes en el acto; si no sabía firmar el testador -como alguno de los testigos- bastaba que lo hiciera constar el párroco o clérigo ante los que se otorgaba dicho testamento: todo con unidad de acto, sin interrupciones importantes - (84).

Una vez terminado el acto, el párroco o clérigo se hallaba obligado a dar cuenta al Decano del Colegio Notarial respectivo de su otorgamiento, según se hallaba determinado en el artículo 11 del Anexo 2º al Reglamento Notarial de 2 de Junio de 1944.

Este derecho histórico ha sido recogido por la Compilación o Fuero Nuevo, en la ley 189 y 191. La primera de ellas previene que si el testador se hallara en peligro inminente de muerte y -- no pudiera obtenerse la presencia de notario podrá otorgar el testamento ante el párroco del lugar u otro clérigo ordenado de Presbitero, y en todo caso con la presencia de testigos.

La ley 191 determina que a estos testamentos se les aplicarán las reglas siguientes:

1.- Deberán redactarse por escrito, con expresión del día, mes y año, en el mismo acto o inmediatamente después que el testador haya declarado con palabras dispositivas en última voluntad.

2.- Serán firmados por el testador y personas que inter-- vengan en el acto. Si cualquiera de ellas no supiera o no pudiera firmar, se consignará esta circunstancia en el mismo documento.

3.- El párroco, clérigo o, en su caso, los testigos deberán conservar el documento o requerir al notario para su custodia.

4.- Perderán su eficacia a los dos meses de haber salido el testador del peligro de muerte.

5.- Dentro del plazo de año y día, a contar de la fecha - del fallecimiento del testador, deberán presentarse para su abonamiento o adveración, sin cuyo requisito quedarán ineficaces. A - tal efecto, la persona que tenga el testamento en su poder deberá presentarlo al Juzgado de Primera Instancia del Partido a que corresponda el lugar en que se otorgó. La presentación podrá ser exigida por el Ministerio Fiscal o por cualquier persona que se crea - interesada.

Destacar que este testamento en Navarra siempre ha podido redactarse en base a lo manifestado verbalmente o por escrito ante el autorizante, no es demasiado significativo, pues, no es posible olvidar que se trata, a fin de cuentas, de un testamento - abierto cuya característica fundamental es que el autorizante y - los testigos quedan enterados de la voluntad del testador, siendo indiferente que este conocimiento les venga por la palabra o por la escritura. Esto es de elemental lógica y así fue visto por el legislador del Derecho común en los artículos 695 y 696 del Código Civil. La inclusión en el número uno de la ley 191 del término "palabras" no desvirtúa esta postura, pues también se habla de - "palabra escrita".

Lo que sí es más significativo es la simultaneidad o proximidad entre la manifestación de voluntad y la necesaria redacción escrita. Parece como si el legislador foral hubiera querido primar el principio de unidad de este acto. Es bien sabido que, - según reiterada jurisprudencia se cumple simplemente con la simultánea lectura de la redacción dada por el autorizante, manifestación de conformidad del otorgante y firmas de quienes corresponda.

Se intenta refundir en un sólo acto, o por lo menos aproximar al máximo los dos momentos, la manifestación de la última voluntad y la redacción escrita que se leerá, asentirá y firmará. Quizás sea debido a que, siendo en la mayoría de los casos la manifestación oral, quiere reducir el legislador las dificultades de redacción a quien, por su profesión, no está habituado a interpretar y recoger conceptos técnico-jurídicos.

La expresión de la fecha del otorgamiento es exigencia -- que, si en todas las formas testamentarias es precisa, aquí es -- mucho más necesaria al objeto de poder determinar si en una fecha concreta se daba el riesgo grave de muerte y poder aplicar el plazo de caducidad que pesa sobre este testamento.

La redacción del número segundo de la ley 191 adolece, en mi opinión, de indudable imprecisión. En primer lugar, distingue entre el testador y el resto de los intervinientes en el acto, -- cuando las posiciones de estas personas que intervienen no son -- las mismas. Esta misma equiparación parece concebir la posibilidad de que el párroco o clérigo no sepa firmar, lo cual es inconcebible, e incurre en incongruencia ya que el párroco o clérigo -- es el encargado de redactar por escrito el testamento y hacer -- constar la circunstancia de que alguno de los testigos no sabe -- firmar.

El número tercero de la ley 191 se ocupa del importante -- tema de la conservación del testamento que, si en todo tipo de -- disposiciones testamentarias tiene importancia, en el presente caso está más destacada existiendo el plazo de caducidad.

A este respecto SALINAS señala que las leyes forales constitutivas del derecho histórico navarro no indicaron en qué manos debía quedar el testamento hecho ante párroco o clérigo, después de otorgado; omisión importante, ya que el mismo no comienza a --

surtir efectos hasta una vez efectuado el abonamiento y subsiguiente protocolización., lo que de no aparecer el testamento a tiempo, se malograría. Asimismo recuerda el citado autor que según la doctrina no resultaba muy conveniente quedara el testamento en poder del otorgante, puesto que en tal caso más se parecería este testamento -en cuanto a sus garantías- al testamento ológrafo que al testamento abierto (85).

El número 3 de la ley 191 del Fuero Nuevo determina que - el párroco, clérigo o, en su caso, los testigos deberán conservar el documento o requerir al notario para su custodia.

En la normativa actual, la custodia del testamento se refiere al párroco o clérigo intervinientes.

Ahora bien, es optativo para ellos, el conservar personalmente el documento, es decir, el retenerlo personalmente, o bien confiarlo al notario.

El número cuarto de la ley 191 declara que estos testamentos perderán su eficacia a los dos meses de haber salido el testador del peligro de muerte. Se recoge una fórmula semejante a la - prevenida por el artículo 703 en relación con el testamento en peligro de muerte, que se otorga simplemente ante testigos y en el que no hay fedatario. Esta circunstancia de la caducidad, unida a la regulación conjunta por la mencionada ley 191 de los testamentos ante párroco o clérigo y ante simples testigos, da motivo a - nuevas dudas sobre si ejercen los párrocos o clérigos en Navarra, en alguna medida, funciones autenticantes.

El número cinco de la ley se refiere al abonamiento o adverbación.

Ya en los antiguos Fueros era necesario el sometimiento - del testamento ante párroco o clérigo a una adverbación para atribuirle pleno valor; y en la Novísima Recopilación de Navarra, en su ley X, título XIII, libro III se observa que la eficacia del - testamento se subordinaba a que éste fuera abonido: "... y que - los testamentos que se hicieren sin guardar esta forma no valgan, ni se puedan abonir ni con fuerza de testamentos, ni de otra última disposición".

El procedimiento del abonamiento fue diferente en el co-- rrer de los tiempos.

En Fueros como el de Tudela o el General de Navarra el - testimonio de los testigos debía ser ratificado con juramento por los dos testigos, si vivieren; por el sobreviviente si hubiere - muerto uno de ellos; y por el tenedor del documento si hubieran - muerto los dos; debiendo hacerlo en la puerta de la iglesia, y - por juicio del alcalde.

En otros Fueros, como el de Estella, se sustituyó el juramen- to por una fórmula parecida: afirmar por Dios y por sus almas sin decir ni lugar ni procedimiento.

A pesar de todas estas previsiones y cautelas los abona-- mientos venían a realizarse con excesiva facilidad, dando lugar a fraudes y abusos.

Ya en el siglo XIX, cuando se publicó la Ley de Enjuicia- miento Civil de 1855 se suscitó la duda de si estos testamentos - en los países aforados debían elevarse a escritura pública por los trámites procesales de esta Ley.

La Dirección General de los Registros y del Notariado man tuvo criterio de aplicación de la Ley de Enjuiciar.

En número 5 de la ley 191 del Fuero Nuevo declara que deben presentarse para su abonamiento o adveración dentro del plazo de año y día, a contar de la fecha del fallecimiento del testador, sin cuyo requisito quedan ineficaces.

A tal efecto la persona que tenga el testamento en su poder debe presentarlo al Juzgado de Primera Instancia del Partido al que corresponda el lugar en que se otorgó.

Esta presentación podrá ser exigida por el Ministerio Fiscal o por cualquier persona que se crea interesada.

Se llama a quienes puedan oponerse a la validez, mediante edictos que se fijan en las iglesias, ayuntamientos y Juzgado de Primera Instancia que actúe, y después el Juez recibe información del párroco y los testigos, y si lo estima adverado, lo declara - testamento, mandando que se protocolice.

- (1) .- RICHAR, R.P., Dictionair Univers. Tomo IV, pág. 123. Breviario Romano, día 23, Nbre.
- (2) .- FONSECA ANDRADE, F., "Los Notarios Eclesiásticos Clérigos, según la disciplina general de la Iglesia y la Legislación española". Impr. F. Roman. Granada 1915, pág. 15.
- (3) .- DEVOTI, J., Institut Canonic, Tomo II, págs. 41 y 42.
- (4) .- FONSECA ANDRADE, F., op. cit. pág. 25.
- (5) .- FONSECA ANDRADE, F., op. cit. pág. 62.
- (6) .- FERNANDEZ CASADO, M., "Tratado de Notaría". Edit. Vd. M. Minuesa. Madrid 1895. Tomo I, pág. 77.
- (7) .- La Ley dictada por Alfonso XI en Madrid, el año 1325, recogida en la Nueva Recopilación (Ley 21, tít. 25, libro IV) y en la Novísima Recopilación (Ley I, tít. XV, libro VII), prohíbe únicamente que el Clérigo sea Escribano civil. La Ley del mismo Monarca dictada en Madrid en 1329 (Nueva Recopilación, Ley 9, tít. 1, libro 4; Novísima Recopilación, Ley I, tít. XIV, libro II), dice que "Los legos no hagan escrituras ni contratos ante los Vicarios y Notarios Eclesiásticos, sino en cosas tocantes a jurisdicción eclesiástica, y en caso contrario tales escrituras no harán fe su prueba en juicio ni fuera de él".

Isabel I dicta en Alcalá, en 1503, una Ley con el mismo sentido (Nueva Recopilación, Ley 19, tít. 25, libro IV; Novísima Recopilación, Ley II, tít. XIV, libro II).
- (8) .- Cánón IV y Cánón III, de los celebrados, respectivamente, en Tarragona en 1336 y 1367 y el Cánón XXIV del Concilio Provincial Compostelano, celebrado en Salamanca en 1565, - los cuales pueden consultarse en TEJADA y RAMIRO, J., "Colección de Cánones y de los Concilios de la Iglesia Española".
- (9) .- JUAN ANDRES, COVARRUBIAS, ACEVEDO, BARBOSA, GONZALEZ TELLEZ, MURILLO VELARDE, SIMANCAS, NAVARR, etc., cuyas opiniones - están recogidas por FONSECA, op. cit., págs. 93 a 100.
- (10).- Título XIV, libro II de la Novísima Recopilación.

- (11).- FONSECA ANDRADE, F., op. cit. cit. págs. 112 y 113.
- (12).- Ley de 20 de Junio de 1862.
- (13).- FONSECA ANDRADE, F., op. cit., pág. 211.
- (14).- Así la Ley II, libro 2º, tít. 5º, y las Leyes 12 y 15 del mismo título y libro, todas del Fuero Juzgo.
- (15).- Leyes 1ª y 2ª, tít. IV, libro VII, Novísima Recopilación.
- (16).- La Ley 5ª, libro 1º, tít. 9º de la Novísima Recopilación - establece que "Ningún Clérigo que sea ordenado de Orden Sa-
cro, ni hombre religioso, no sea Alcalde, ni Abogado de -
nuestra Corte, ni razone en los pleitos ante los nuestros
Alcaldes, ni sean nuestros escribanos públicos, ni hagan -
fe, ni escriban escrituras algunas en los pleitos tempora-
les, ni en pleitos que toquen a legos". Don Alfonso, en Ma-
drid, 1329.
- (17).- Leyes 1ª, 2ª y 3ª, libro 2º, tít. 14. Novísima Recopila-
ción.
- (18).- PANTOJA, J.M., "Adveración de los testamentos". Rev. Gral.
Leg. y Jurispr. T. 30 (1867), pág. 5.
- (19).- LOPE ORRIOLS, A., "El testamento ante párroco según la Le-
gislación y las prácticas vigentes en Cataluña, Aragón y -
Navarra". Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
Tomo 95, 96 y 97. Años 1899 y 1900. Págs. 302, 488, 124, -
75 y 280.
- (20).- Para ampliar estas notas históricas, puede consultarse la
obra de A. LOPE ORRIOLS, ya citada.
- (21).- LOPE ORRIOLS, A., op. y loc. cit.
- (22).- CORBELLÁ, A., "Manual de Derecho Catalán". Edit. Reus. Ma-
drid, 1906, pág. 738.
- (23).- SANTAMARIA, V., "Contribución a la Historia del Notariado

en Cataluña". Estudios Notariales. Barcelona, 1917, pág. 24.

- (24).- Para conocer más datos sobre este desempeño de fe pública en Cataluña por los Párrocos, puede consultarse la documentada obra de V. Santamaría, ya citada, en la que estudia las prácticas y particularidades de algunas parroquias (pág. 27 a 34), disposiciones de los Obispos para regular el ejercicio, las demarcaciones, y sustituciones (págs. 28 a 39), disposiciones de Concilios Provinciales (págs. 39 y ss.) y otros aspectos de interés.
- (25).- Sobre los orígenes del Testamento Parroquial Catalán puede consultarse en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en la calle de Medinaceli de Madrid, la Memoria mecanografiada de la que es autor Ramón SABATE Y BALCELLS. "Origen del testamento otorgado en Cataluña ante el Párroco".
- (26).- Véase el canonista español GRAÑANIETO: *Catena jurium utrisque jurisprudentiae sive in librum secundum et tertium Decretalium Gregori IX commentarii*. Lion, 1678, pág. 490.
- (27).- FAGNANO, "Commentaria in primam partes tertii libri Decretalium", Roma, 1661, pág. 332.
- (28).- PELLA Y FORGAS, J. "Código Civil de Cataluña". Barcelona, 1918, tomo III, pág. 134.
- (29).- BOADA Y CAMPS, J. "El Derecho Canónico en Cataluña. Instituciones privativas del mismo". Barcelona, Impr. Casanovas, 1924, págs. 27 y 28.
- (30).- PONS GURI, J. M.. "El Testamento parroquial gerundense en el siglo XIV". En Anales del Instituto de Estudios Gerundenses. Vol. XVI. Gerona 1963, pág. 185.
- (31).- Constituciones Synodales Diócesis Gerundensis. Gerona 1691, pág. 119.
- (32).- Apartados 7, 8 y 9 del Capítulo 47 de la versión D, de la Edición Lacarra-Martín Duque.

El Fuero General de Navarra es un texto en el que se recoge el derecho consuetudinario navarro-aragonés y del cual se conservan varias redacciones. Se ignora la época en que

fue redactado, y su autor, aunque se atribuye a Teobaldo I (1234-1253). Sus redacciones más antiguas, aún no publicadas, no presentan la más mínima sistematización, y en la fase más moderna de su elaboración, aparece dividido en seis libros subdivididos en títulos. Fue completado y corregido por el "Amejoramiento" de Felipe III en 1330.

- (33).- La Novísima Recopilación de Navarra, también llamada Recopilación de Elizondo por su autor, incluye la legislación de Cortes hasta 1716. Tuvo carácter oficial pero se advirtió expresamente al reconocerlas que cuando hubiese discordancia entre el original de una norma y su versión en la recopilación, debía prevalecer el primero sobre la segunda.
- (34).- LOPE ORRIOLS, A., op. y loc. cit.
- (35).- FAIREN GUILLEN, V., "Normas procedimentales para un futuro cuerpo de Derecho Foral Aragonés". Revista de Derecho Procesal. 1953, pág. 475.
- (36).- FURIO, V., "Testamento Parroquial". Revista de los Tribunales, 1929, pág. 731, y La Notaria, 1928, pág. 95.
- (37).- FAUS, R. y CONDOMINES, F., "Derecho Civil Especial de Cataluña. Ley de 21 de Julio de 1960 anotada". Libr. BOSCH, Barcelona 1960, pág. 145.
- (38).- ROMEO Y LAGUNAS, M.J. "Especialidades testamentarias en Cataluña". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1962, pág. 36 a 99.

VERGER GARAU, J. "Algunas cuestiones que plantea actualmente el Testamento ante Párroco en Cataluña". Revista Jurídica de Cataluña, 1965, núm. 1, págs. 9 a 20.
- (39).- MOUTON Y OCAMPO, L. "La Sucesión Testada en Derecho Foral". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1908, - - págs. 261 y 443.
- (40).- ALONSO LABEAN, M. "Las formas testamentarias en las llamadas regiones forales". Temis, nº 5 (1959), pág. 11, nº 6 - (1959), pág. 23.
- (41).- ROMEO Y LAGUNAS, M.J., "Testamento ante párroco en Aragón"

Rev. Der. Español y Americano, 2ª época, nº 3 (1964), pág. 61.

- (42).- ROMEO Y LAGUNAS, M.J., "Testamento ante Párroco en Aragón". Rev. Der. Español y Americano, 2ª época, nº 3 (1964), pág. 61.
- (43).- RIVAS PEREZ, J.E. "El testamento ante Párroco en Aragón". Anuario de Derecho Aragonés, 1944, pág. 379.
- (44).- ROMEO Y LAGUNAS, M.J. "Testamento ante Párroco en Aragón". Rev. Der. Español y Americano, 2ª época, nº 3 (1964), pág. 61.
- (45).- SOLCHAGA LOITEGUY, J.J. "El testamento ante Párroco en Navarra" en revista "Universidad (Revista de cultura y vida universitaria)". Zaragoza, julio-diciembre 1958, nº 3 y 4, - - págs. 395-442.
- (46).- ALONSO LABAN, M., op. y loc. cit.
- (47).- Revista Jurídica de Cataluña. T. XI, pág. 560, en donde aparece esta Resolución con fecha 4 de Mayo de 1905.
- (48).- Véase, por analogía, la Sentencia de 25 de Septiembre de 1863 (Aragón). La Sentencia de 25 de Enero de 1933, referente a Horta, dice que para no poder testar ante el párroco, precisa que haya notario disponible.
- (49).- MASPONS Y ANGLASELL, F., "Testament parroquial; manera d'autorizarlo". Barcelona, 1927, pág. 42.
- (50).- ALONSO LABAN, M., op. y loc. cit.
- (51).- PELLICER, J., "Los sacerdotes y las disposiciones testamentarias en Aragón". Rev. Der. Priv. 1913, pág. 42.
- (52).- ALBAREDA Y HERRERA, M., "Algunas instituciones de derecho aragonés y navarro". Anuario de Derecho Aragonés, 1951-1952 pág. 21.

- (53).- ROMEO Y LAGUNAS, M.J., "Testamento ante Párroco en Aragón". Rev. Der. Español y Americano, 2ª época, nº 3 (1964), pág. 61.
- (54).- RIVAS PEREZ, J.L., op. y loc. cit.
- (55).- MASPONS Y ANGLASELL, F., "Testament parroquial, manera d'autorizarlo". Barcelona, 1927, pág. 14.
- (56).- Los Instrumentos de Ratificación del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos jurídicos, sobre Asuntos económicos y sobre Enseñanza y Asuntos Culturales firmado el 3 de Enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, - fueron aprobados en Diciembre de 1979 y publicados en el - B.O.E. nº 30 de 15 de dicho mes.
- (57).- MASPONS Y ANGLASELL, F., "El testamento parroquial en Cataluña". Revista de Derecho Privado, año 1929, pág. 252.
- (58).- PELLICER, J. op. y loc. cit.
- (59).- En relación con esta pretensión puede consultarse la obra de A. Morales y Gómez "Memoria sobre las instituciones que deben quedar subsistentes del Derecho Civil Aragonés". Zaragoza, 1889.
- (60).- CANDAL Y COSTA, S., "De los testamentos en España. Tratado de los diferentes modos de testamentifacción activa que rigen en España según el Código Civil y legislaciones forales". Impr. Condal de Mariano Naciá. Barcelona 1900, pág. 111.
- (61).- SOLCHAGA LOYTEGUI, J.J., op. y loc. cit.
- (62).- MASPONS Y ANGLASELL, F., "El testamento Parroquial en Cataluña". Revista de Derecho Privado, año 1929, pág. 252.
- (63).- FAUS, R. y CONDOMINES, F., op. cit. pág. 146.
- (64).- MASPONS Y ANGLASELL, F., "Testament parroquial; manera d'autorizarlo". Barcelona, 1927, pág. 43.
- BORRELL Y SOLER, A.M., "Derecho Civil Vigente en Cataluña"

Tomo V, pág. 33, 2ª Edición, Barcelona 1944.

BOADA Y CAMPS, J., "El testamento ante el Cura Párroco en Cataluña". Barcelona 1963, pág. 22.

ROMEO Y LAGUNAS, M.J., "Especialidades..." op. cit. pág. 42.

(65).- CORBELLÀ, A., op. y loc. cit.

(66).- SANTAMARIA, V., op. y loc. cit.

(67).- PELLA Y FORGAS, J., op. y loc. cit.

(68).- MASPONS Y ANGLASELL, F., "Testament parroquial. Manera d'autorizarlo". Barcelona 1927, pág. 15.

(69).- BORRELL I SOLER, A.M., op. cit. pág. 34.

(70).- MOUTON Y OCAMPO, L., op. y loc. cit.

(71).- MOUTON Y OCAMPO, L., op. y loc. cit.

(72).- Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, año 1954, nº 1554.

(73).- ROMEO Y LAGUNAS, M.J., "Testamento ante Párroco en Aragón" Rev. Der. Español y Americano, 2ª época, nº 3 (1964), pág. 61.

(74).- BORRELL I SOLER, A.M., op. cit. pág. 53.

(75).- CANDAL Y COSTÀ, S., op. cit. pág. 103.

(76).- CORBELLÀ, A., op. cit. pág. 739.

(77).- VERGER Y GARAU, J., op. y loc. cit.

(78).- ALBAREDA Y HERRERA, M., op. y loc. cit.

(79).- Sobre las exigencias registrales puede consultarse la "Cir

cular del Gobernador eclesiástico del Obispado de Barbastro sobre el modo de autorizarse los testamentos por los Párrocos a falta de Notario". Gaceta del Notariado Español, - - 1864, pág. 125.

- (80).- BELLED HEREDIA, "Un problema en la adveración del testamento ante párroco en Aragón". Homenaje a la memoria de Don Juan Moneva y Puyol. Zaragoza 1954. Las opiniones sobre este aspecto han sido recogidas por ALONSO LAMBAN, M. en Temis nº 5 (1959), págs. 32 y 33, quien cita la obra de BELLED entre la bibliografía utilizada en Temis nº 6 (1959) pág. 63.
- (81).- CANDAL Y COSTA, S., op. cit. pág. 108.
- (82).- VIDAL TOLOSANA, L., "El Apéndice Aragonés al Código Civil General". Huesca 1924, pág. 29.
- (83).- QUINTANA, C., "Caducidad del testamento otorgado ante el Párroco". Anuario de Derecho Aragonés, 1944, Tomo I, pág. 366.
- (84).- SALINAS QUIJADA, F., "Derecho Civil de Navarra". Tomo VI, Vol. 1º. Edit. Gómez. Pamplona 1976, pág. 281 y ss.
- (85).- SALINAS QUIJADA, F., op. y loc. cit.

C A P I T U L O I I I

I.- LA FEDACION EN LA ESFERA MILITAR: SU ENCUADRAMIENTO, JUSTIFICACION Y CONVENIENCIA DE UN DESARROLLO DE LA NORMATIVA VIGENTE

Decía al comienzo de mi estudio que la fe pública que tienen conferida determinados funcionarios o autoridades es una emanación del imperio del Estado para atender al principio de la seguridad jurídica. La necesidad de ésta seguridad jurídica no solamente se plantea en el momento en que las circunstancias sociales permiten el libre ejercicio de los derecho personales o económicos y su autenticación por los Notarios, sino que también aquella necesidad se pone de manifiesto cuando situaciones de excepción impiden el normal funcionamiento de los mecanismos del Estado y entre ellos el de la institución notarial. La seguridad jurídica es entonces igualmente necesaria pero incluso es mayormente sentida, pues en situaciones sociales de anormalidad los individuos afectados por ellas pretenden tomar decisiones en la esfera personal o económica que, en muchos casos, fueron demorando ante la inexistencia de un motivo inmediato que los obligase a decidir, y han de formalizar de modo fehaciente dichas decisiones.

Es por ello por lo que es imprescindible tratar el ejercicio de la fe pública en aquellas circunstancias de guerra, en casos de fuerzas expedicionarias o destacadas en el extranjero, u otras importantes circunstancias que impidan el ejercicio de su función auténticante por los Notarios y la atribuyan a sus sustitutos.

Dentro de la fe pública militar se pueden distinguir dos

manifestaciones según la raíz que la origine; en primer lugar -- una función autenticadora derivada de la fe pública notarial en -- cuanto el fedatario militar actúa en lugar del Notario y, en se-- gundo término, una función propia y peculiar dentro de la activi-- dad castrense.

La función primera, como derivada de la función notarial, se lleva a cabo en el marco del Derecho Privado, tanto en circuns-- tancias de normalidad social como de alteraciones bélicas, es de-- cir, en tiempo de paz con el ejercicio de la función notarial mi-- litar en el extranjero cuando se trate de fuerzas expedicionarias partícipes en maniobras o alianzas internacionales, o en territo-- rio español en aquellos casos, si no frecuentes, si posibles, en que las particulares circunstancias de la organización castrense impiden al individuo acudir al Notario, o a éste penetrar en un -- establecimiento militar, y también en tiempo de guerra.

La función notarial propia y peculiar dentro de la activi-- dad castrense, que no es ejercida en sustitución del Notario, sino -- que es atribuida originariamente por el legislador al titular de ella, el Interventor Militar, se encuentra enmarcada bien en el -- ámbito del Derecho Público (1), bien en el del Derecho Privado -- (2). Limitado este estudio a la función fedataria ejercida en sus-- titución del Notario en el marco del Derecho Privado, esta fun-- ción autenticante desempeñada por los fedatarios militares como competencia atribuida originariamente no será objeto de considera-- ción.

Tímidamente, quizás por pensar el legislador que todo com-- batiente puede morir en el combate, se abrió una brecha en la le-- gislación al regular el Código Civil los testamentos militares, -- con lo que constituye la primera norma en el tiempo de la regula-- ción de la parcela de la fe pública que constituye la fe pública militar. El que la primera norma en este ámbito se refiera a los

testamentos no debe extrañarnos por responder a una aplastante lógica y a los remotos antecedentes históricos de la figura del testamento militar que en su momento estudiaré.

La especialidad de las circunstancias en que puede otorgarse y de las personas que pueden otorgarlo, llevó consigo la especialidad en cuanto a la forma de su autorización, ya que el testamento militar no puede ser autorizado por el Notario, pues sería necesario constituir un cuerpo tan numeroso que permitiese garantizar la expresión de las últimas voluntades en el momento y lugar en que quisieran ser manifestadas. Es deber del Notario la residencia y su competencia se limita a un territorio; sería necesario, salvado el problema del número, modificar estas cualidades tan arraigadas en la figura del Notario.

La Ley no ha querido que el militar y el marino, en circunstancias realmente extraordinarias, hubieran de resignarse a no disponer de sus bienes para después de su muerte, y previendo las contingencias a que se hallan expuestos y a fin de no negarles en ningún momento los derechos que los demás ciudadanos ostentan, permite que pueda prescindirse del Notario y solo en ocasiones contadísimas, graves y excepcionales, consiente que personas extrañas al cargo reciban sus últimas voluntades. (3)

Pero esta brecha no era suficiente, pues ni todo combatiente muere, ni todas las relaciones jurídico-privadas quedan reducidas a testar. Los españoles que estén afectados por un estado de guerra, como comprensivo de las diversas situaciones que dentro del término pudieran tener encaje, podrán tener necesidad de otorgar actos o contratos sin esperar a reintegrarse a la vida civil y podrá también tratarse de actos o contratos que requieran su intervención personal y no puedan por tanto ser realizados por apoderados. Si bien estos casos no serán muy frecuentes en la práctica, pues no es normal que quien se ve ante situaciones en las que peligra su vida, tenga interés en realizar una operación

lucrativa o tiempo para pensar en actos de índole civil, se pueden dar en ocasiones; y lo que en todo caso se dará con mucha frecuencia son los actos de reconocimiento de hijo natural, licencia a los hijos para contraer matrimonio o renuncia de derechos hereditarios.

El Ejército no puede desentenderse del problema de facilitar a sus componentes los medios para conseguir esa seguridad jurídica, y lo mismo que es necesario atender a su alimento, vestido, atenciones sanitarias y religiosas, etc., es necesario también atender a los medios necesarios para que no sufran perjuicio los derechos de los individuos que se encuentren en campaña o en situación en que no les es posible acudir a un Notario Público, o bien el Notario no puede acudir al lugar, o superiores intereses de defensa o secreto militar impiden la comunicación. Es decir, - supuesto el caso de la imposibilidad de usar los servicios del citado Notario Público.

Es claro que para algunas relaciones bastarán al interesado los documentos privados, como, por ejemplo, autorizaciones de cobros, documentos bancarios, cheques, etc. Pero existen numerosos actos que no podría realizar porque la Ley exige que consten forzosamente en documento público, como son todos los previstos en el artículo 1280 del Código Civil. Como puede verse es muy amplia la gama de actos y contratos que el personal de los ejércitos, en las situaciones expuestas, no podría realizar, con el implícito perjuicio y quebranto de sus derechos e intereses. Como no sería justo privar a este personal del normal ejercicio de estos derechos, es claro que nos encontramos ante una necesidad a la que el Ejército debe atender.

La objeción de que existe el párrafo 2º del artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado y el artículo 34 del Reglamento de 1944 no es un obstáculo insalvable, pues si incluso la legislación básica y fundamental de un país queda sin aplicación en - -

el caso de guerra o emergencia, y los derechos de los ciudadanos quedan suspendidos en circunstancias excepcionales, no hay motivo para que no quede en suspenso un artículo de una Ley o Reglamento constitutivo de un Cuerpo.

El ejercicio de la fe pública militar tiene un titular in discutible, y este titular es el Interventor Militar.

En efecto, incluso en materia de testamento militar el ti tular preeminente de la facultad autorizante es el Interventor Mi litar, sucesor como veremos en su momento del Comisario de Guerra, a que se refiere el art. 717 del Código Civil. Por eso dicho artí culo hace referencia a él diciendo expresamente que ejercerá las funciones de Notario y que se seguirán las disposiciones de los - artículos 706 y siguientes, es decir los de la sección sexta que se refieren al testamento común cerrado. Por ser el Interventor - Militar autorizante por excelencia del testamento militar, los -- otorgados ante él no caducarán nunca.

Cualquiera que sea la opinión que se mantenga sobre la ca ducidad o no caducidad de la otra forma testamentaria militar ce- rrada (4), el carácter preeminente del Comisario, hoy Interventor Militar, como autorizante queda de manifiesto si observamos que - el artículo 721 del Código Civil, al regular el testamento ante - el Capitán, solo señala como de observación las normas del 706 y 707 por lo que no será posible la intervención de un Capitán en - los supuestos de los artículos siguientes de la sección sexta, -- cuando, opino, si podrán darse ante el Comisario de Guerra.

El autor del Código Civil ante las circunstancias extraor- dinarias en que se dan los testamentos militares ha dado toda cla se de facilidades para su otorgamiento, empezando por la no exi- gencia de concurrencia de Notario, hasta llegar a las facilidades sumas del artículo 720; pero del espíritu que dimana de la sección séptima se comprende que ha considerado como supuesto más cercano

al de un testamento otorgado ante Notario en una situación de normalidad social, el testamento ante el Comisario de Guerra, hoy -- día Interventor Militar, pues solamente hace a él referencia como actuante de funciones notariales señalando esta circunstancia expresamente.

En situación social de anormalidad bélica, pero no en materia de testamentifacción, el depositario de la fe pública cuando por esa anormalidad no puede concurrir a la autorización un No tario, también es el Interventor Militar, y ahora con exclusividad pues así lo establece el Decreto de 25 de Septiembre de 1941 sobre fe pública en fuerzas expedicionarias y el artículo 40 del Decreto de 21 de Septiembre de 1963.

Existe una evidente necesidad de desarrollo normativo en la actuación del fedatario militar interviniente, en sustitución del Notario, ante la existencia de circunstancias bélicas o castrenses, que impiden actuar a éste último. El Reglamento del Cuerpo de Intervención Militar preveía ya en 21 de Septiembre de 1963 cuando fué aprobado, que la regulación y desarrollo completo de la función del Cuerpo en campaña "será objeto de un Reglamento -- especial" (art. 24). A pesar del tiempo transcurrido, este Reglamento especial no se ha dictado, acaso porque se ha estimado que es prematuro hacerlo en tiempo de paz, y considerado más conveniente, acaso, realizarlo en forma y modo que las circunstancias aconsejen cuando llegue el momento en que sea necesario. Ello es perfectamente lógico y natural, habida cuenta, en primer lugar, que si bien los planes militares han alcanzado las más altas metas de previsión, no se puede llegar al extremo de exigir que se adivine el futuro; y en segundo lugar siempre sería una reglamentación a producir dentro de la esfera militar y aprobada por la Autoridad Militar.

Pero esto no sucede en cuanto a una de las funciones del Cuerpo de Intervención Militar, al contenido y desarrollo de la

función notarial en su aspecto militar, y ello también por dos -- razones bien patentes: la primera, porque el contenido de la fe -- pública no es necesario preverlo, porque haya de surgir, sino --- que ya existe impuesto por las Leyes y el conjunto del ordenamiento jurídico de la Nación, si bien con la laguna de como llevarla a efecto en caso de campaña militar; y la segunda, porque la disposición reglamentaria que se dicte para llenar esta laguna, ha-- brá de nacer de un Departamento Ministerial ajeno a la esfera castrense, que es el Ministerio de Justicia.

Como consecuencia de este planteamiento se llega a la conclusión de que, prevista la necesidad, urge ya adoptar las medi-- das que la cubran y como se trata de una necesidad militar, puede considerarse que se trata de una necesidad logística, es decir, - de una faceta de la Logística de Personal.

Analizaré, si bien brevemente, las indudables relaciones entre la Logística y el Derecho Notarial, con la mirada puesta en demostrar que la Notaría Militar o el Derecho Notarial Militar es de imprescindible desarrollo legal.

En efecto las relaciones entre la Logística y el Derecho Notarial son evidentes e incluso íntimas, en cuanto que tienen la misma finalidad como es la satisfacción de necesidades de primer orden para el individuo. El Derecho Notarial, que actúa sobre el campo de los derechos subjetivos e intenta satisfacer necesidades del hombre tan esenciales como es su posición jurídica ante la sociedad, y la Logística, en cuanto ciencia que trata de la satis-- facción de las necesidades de toda índole que pueda experimentar las tropas en su movimiento y vida.

La Logística y el Derecho Notarial Militar son ciencias - autónomas, con origen peculiar y propio. La antigüedad de una y - otra no es óbice para que tengan contactos en los tiempos actuales

y tanto una como otra se auxilien. No podemos hablar de Logística sin hablar de Derecho Notarial Militar; la Logística que desconozca el contenido del Derecho Notarial Militar, no cumplirá el fin de la misma, consistente en satisfacer las necesidades del individuo miembro del Ejército. Como a su vez el Derecho Notarial Militar, no tendría aplicación, sin una ciencia Logística que le dotara de los principios y normas de aplicación, para que se pudieran cumplir sus fines.

La Logística necesita del Derecho Notarial Militar, como éste necesita de aquélla.

Téngase en cuenta que, el Ejército es una reunión de hombres que se mueven en una sociedad organizada y sus relaciones, - tanto a nivel individual como colectivo, han de enmarcarse en el mundo del derecho. El individuo, al formar parte del Ejército, no puede verse privado de sus relaciones jurídicas, ni de su posición o situación social. El soldado, dentro del Ejército, necesita ejercitar, según decía, sus derechos en el campo militar, contractual, social, y, en algo tan fundamental como es la posibilidad de hacer testamento.

El hombre no es una máquina que se enrola en el engranaje bélico como un ente sin voluntad y sin seguridad jurídica; el --- Ejército necesita seres capaces y seguros. El Derecho Notarial Militar tiene que aportar seguridad jurídica al combatiente y dotar al soldado, como a cualquier miembro de la sociedad, de la facultad de usar del derecho.

La ciencia Logística prepara, calcula y realiza cuanto necesita la tropa en su movimiento y vida; a esta ciencia le compete saber que el soldado necesita del Derecho Notarial y de los --- Fedatarios Militares, y además determinar en qué momento y quién debe suministrar la Fe Pública Notarial para satisfacer esa nece-

sidad social.

El Derecho Notarial Militar y la Logística son ciencias - que necesariamente coinciden y se complementan, ciencias preparadas para el consumo del hombre como miembro del Ejército.

En el concepto de Logística, en cuanto se refiere a la vida, movimiento y necesidades de la tropa, se distinguen funciones de personal y administración, abastecimiento, mantenimiento, sanitarias, etc. La actividad notarial necesita ineludiblemente ser - colocada en uno de dichos grandes grupos de funciones, y por ex--clusión se puede afirmar en principio que el encaje lo será den--tro del grupo de las funciones de personal y administración.

Sería insensato intentar crear dentro de la Logística, -- una nueva función básica junto al epígrafe de "Sanidad" o de ---- "Transporte"; nada más lejos de mi idea. Lo que ahora no dudo, es que la "Actividad Notarial" es esencial, y el privar al hombre de tal servicio, sería dejarle sin un elemento básico para su moral y tranquilidad.

Por ello, voy a intentar, partiendo de la idea de la existencia de la función logística de personal y administración y sus fundamentos, llegar a fijar la actividad notarial como una más -- dentro de su campo de acción.

La función logística de personal y administración comprende una serie de actividades dirigidas al hombre como individuo, - de importancia decisiva en la moral; entre estas actividades las principales son, entre otras, correos, servicios legales, servi--cios religiosos, servicios especiales, recompensas, premios y ro--taciones.

Dentro de la actividad de apoyo al personal se incluyen -

los "servicios legales". Los servicios de asistencia legal que --
precisan los individuos en una actividad bélica, se proporcionan
mediante el personal del cuerpo Jurídico y de Intervención. La --
función de personal y administración tiene una parte importante,
como digo, en la moral del individuo. Servicios como el religioso
o de correos, aunque parezcan en un principio de poca identidad, --
la carta familiar o el consejo de un sacerdote, hacen que el hom-
bre se encuentre en la batalla o vaya hacia ella con la moral su-
ficiente para cumplir la misión que se le encomiende con plena --
satisfacción. Por estas simples ideas u otras de mayor profundi-
dad, no cabe la menor duda de la necesidad de estos servicios de
apoyo al personal.

La Logística tiene que suministrar al hombre todos los --
elementos de que tiene necesidad, medios materiales, que al fin y
al cabo aumentan su moral, pero también en la misma medida se --
tienen que satisfacer los valores espirituales; por ello se consi-
dera la función logística de personal como función básica, y den-
tro de ella la Notaría militar, en cuanto proporciona al combatien-
te la seguridad jurídica, ocupa un lugar de primer rango.

Si la función notarial y su desarrollo normativo resulta
imprescindible, atendiendo a razones de logística castrense, y se
manifiesta en consecuencia como una necesidad logística, existen
asimismo importantes argumentos que presentan este desarrollo --
también como una necesidad táctica, ya que no puede prolongarse --
un "statu quo" a expensas de vernos inmersos en un conflicto béli-
co, o enrolados el día menos pensado en una de esas expediciones
en que el concierto de España entre las naciones hará inevitable
y tener que recurrir entonces, de forma precipitada, a improvisar
una legislación deficiente e incompleta, que deje a los Interven-
tores y a sus compañeros de armas en la angustiosa situación de --
no saber a ciencia cierta si los instrumentos que autoricen ten-
drán o no validez porque carezcan de cualquier requisito.

La regulación del ejercicio de la Notaría Militar es una necesidad cuya satisfacción es inaplazable, pues no se trata ya solamente de atender el tratamiento de una importante parcela de la vida jurídica en una situación de abierta conflagración bélica que, por indeseable, inconscientemente se ignora como de posible planteamiento. Se trata de resolver también este ejercicio de la Notaría Militar en las fuerzas expedicionarias, lo que, como he señalado, se presenta como una necesidad ya presente.

En efecto hoy en día España va perteneciendo a organizaciones internacionales, o tiene relación de amistad y defensa con otros Estados, lo que puede llevarnos a formar parte de fuerzas internacionales destacadas, en misión de vigilancia, en zonas o territorios de tensión internacional; de hecho ya está sucediendo en el caso de maniobras con el Ejército de otras potencias. En el caso -absolutamente normal en este tiempo- de fuerzas españolas que se hallen en el extranjero, realizando maniobras conjuntas con ejércitos de otros países, un procedimiento sería recurrir entonces a los cónsules de nuestro país acreditados ante aquél en que se realicen las maniobras para poder otorgar actos o contratos. Pero puede suceder que en la zona correspondiente no haya cónsul o, más probablemente todavía, que no se le permita el acceso a ella. En estos casos no se va a negar al militar (empleando el término en su más amplio significado) la facultad de desenvolverse jurídicamente, de disponer de sus bienes, de otorgar poderes, etc.

Es práctica constante que por necesidades de secreto militar, queden, aun dentro del territorio nacional, zonas o bases en que, por su importancia o por los secretos militares que en ellas hay, se encuentre prohibida la entrada a toda persona ajena a las mismas. Puede ocurrir en un caso extremo que, ante un peligro inminente de guerra, se acuerde la evacuación de todo el personal civil de determinadas zonas, que se supongan que esten directamente amenazadas por el enemigo. Pueden darse circunstancias que aconsejen igualmente proveer a la sustitución del Notario público, -

bien porque éste no pueda acudir -o no pueda acudirse ante él-, -bien porque la situación personal del posible otorgante exija precauciones especiales. Piénsese en una alteración grave del orden público con la consiguiente suspensión legal de los derechos establecidos en la Constitución. Piénsese en un acuartelamiento de --tropas por el mismo motivo o por cualquier otro. En esta situa---ción no es lógico que cualquiera de los sometidos a ese acuartelamiento pueda quebrantarlo mediante su deseo, muy respetable por otra parte, de hacer testamento, solicitando permiso para ello y no es procedente, de otro lado, negarle su derecho a disponer en cualquier momento de sus bienes, y más en un momento de presumi---ble peligro.

Y, en último caso, sin llegar a estos extremos más o menos revolucionarios, no dejan de existir circunstancias que justifican sobradamente la sustitución del Notario público. La realización --de maniobras en las que se practican ejercicios de tiro real es --cosa absolutamente normal en el Ejército. Estas se realizan, como es lógico en zonas que estarán dentro de una demarcación notarial, pero no será posible requerir al Notario o exigirle que se trasla--de a una zona de evidente peligro, ni tampoco podrá permitirse --que el posible otorgante se separe de las fuerzas y abandone su --función, en el caso de que pueda materialmente hacerlo, con obje--to de apoderar a alguien para que contraiga matrimonio en su nom--bre, por ejemplo.

Para eliminar inquietudes, con argumentos de elemental ló--gica que justifican la existencia de la fe pública militar aun en tiempo de paz, mientras no se traspasen los concretos límites de lo castrense, recordemos lo que Raquejo Alonso dice: "La primera razón de la necesidad de una fe pública especial para las activi--dades de los Ejércitos está en los fines propios y peculiares que éstos tienen señalados. Para el logro de los mismos posee, además de un personal específico (armas y tropas combatientes) el especia--lizado que considera conveniente de las distintas profesiones, --(médicos, ingenieros, jurídicos, farmacéuticos, sacerdotes, etc.),

sin que ninguno de ellos sufra, en el ejercicio de sus funciones, la intromisión de cualquier otro de la esfera civil, que complete, supervise o confirme lo que aquéllos hicieron. ¿Por qué razón cuando se trata de los Interventores fedatarios se ha de seguir - distinta conducta?.

La fe pública se divide, por la esfera de su aplicación, en dos grandes sectores: La judicial y la extrajudicial. Y los -- ejércitos poseen una fe pública judicial militar, creada con sus jueces y secretarios, de jurisdicción distinta a la civil. Por -- idéntica razón deben tener también una fe pública militar extraju-- dicial a cargo de los Interventores, que han de ejercerla con -- igual exclusividad y plenitud que los demás fedatarios públicos - ejercen las suyas en sus respectivas actividades." (5)

Esta necesidad de regular la Notaria Militar, tomará trazas de agobiante en el momento en que el proceso de incorporación de España a alizanzas militares se materialice en una integración como pudiera ocurrir en el caso de la OTAN. Por ello ahora sin la premura de resolver una situación ya planteada, debe regularse la Notaria Militar en campaña o en fuerzas expedicionarias sin incurrir en pasados errores de improvisación.

En efecto cuando se presenta la ocasión de unas fuerzas - expedicionarias que luchan fuera de las fronteras de la Patria, - surge rápidamente la necesidad de regular todas éstas relaciones del Derecho Privado, y se gesta el Decreto de 25 de Septiembre - de 1941, cuyo texto será transcrito al tratar de las manifesta--- ciones legales de la fe pública militar.

Muchos reparos podría ponerse al mismo, pero a pesar de - todos ellos, tiene la gran virtud de abrir el camino para llegar a una reglamentación total de la Notaría Militar en campaña. Pero si su gestación fué rápida, su desarrollo posterior ha sido nulo,

ya que en sus 38 años de vigencia nadie se preocupó de dictar disposición alguna, a pesar de que el mismo Decreto autorizaba a --ello; únicamente al cabo de 22 años al publicarse el Reglamento --del Cuerpo de Intervención, aprobado por Decreto de 21 de Septiembre de 1963, aparece el artículo 40 antes citado sobre la Notaría Militar en campaña.

El concepto de "estar en guerra" es el más adecuado para determinar el campo de aplicación de la posible y pretendida regulación del ejercicio de la fe pública en estas situaciones de anormalidad, por ser ampliamente comprensivo de diversos pero próximos estados de anormalidad social, y traer más rápida y gráficamente el criterio que debe predominar siempre para determinar la procedencia de la actuación militar, es decir, la imposibilidad de --acudir a un Notario. Incluso alguna denominación de gran tradición histórica, como la de testamento militar, ha provocado en la doctrina intentos innovadores como el de Ossorio Morales, quien considera "sería quizás más preciso calificarlo de testamento en ---tiempo de guerra". (6).

El campo de aplicación de la reglamentación que se desea establecer pudiera delimitarse con referencia al "campo de batalla" entendiendo la expresión más que en aspecto locativo, en el sentido de posición o relación que se guarda con la zona de actividad de teatro de operaciones bélico, y que determina la imposibilidad de obtener los servicios autenticadores del notario.

Aquella expresión apuntada de "los españoles que formen --parte de fuerzas expedicionarias y mientras estén en campaña" seguramente fue acertada al publicarse el Decreto de 25 de Septiembre de 1941. Este Decreto se promulgó para una situación determinada, y por consiguiente no había lugar a dudas sobre como, cuando, en donde, y en que forma debía actuar el Interventor designado, así como a favor de quienes podía intervenir. Aquella situación pasó, forma parte ya de la Historia, pero queda el ejemplo pa

ra no dejar a la improvisación lo que ahora, con calma, se puede regular.

Es preciso hacer unas consideraciones acerca del ámbito - de aplicación de la función notarial que vengo tratando.

Imposible es poner vallas al campo, al "campo de batalla" en el que el fedatario militar pueda ejercer la función notarial; pero si no podemos "cerrar" totalmente ese "campo de aplicación", creo que sí se puede establecer esos hitos o mojones que posean la misma elasticidad con que se llevan a cabo las grandes operaciones ofensivas o defensivas, que en toda batalla se presentan.

En los pasados siglos, y hasta quizás en los primeros años del actual, no era difícil delimitar con precisión geométrica, lo que era el campo de batalla en donde se desarrollaba la guerra. - Era suficiente abrir simplemente el Espasa, para que nos diera su completa y perfecta definición; entre sus párrafos tomo los siguientes: "Tratándose de una plaza fuerte, campaña es el campo -- exterior, el frente, en donde se halla, o se presume puede hallarse el enemigo" (7) significado claramente definido, y del que procede seguramente la costumbre de llamar, en artillería, campaña al terreno que se extiende por delante de las bocas de las piezas, - cuando están en batería.

En otra acepción, campaña es sinónima de guerra, y así se dice: "campaña ruso-japonesa, anglo-boer", pero su significado en este caso es muy complejo, pues unas veces conviene solamente a las operaciones activas (así salir a campaña es marchar al teatro de las operaciones; artillería de campaña es la que sigue al ejército en sus movimientos, para distinguirla de las de plaza, costa y sitio, que no cumplen esta condición, aunque pueden hallarse como aquélla dentro del teatro de la guerra); y otras a todas las que se realizan dentro del teatro de la guerra (y así se conside-

ra que están en campaña todos los militares que dependen del General en jefe, lo mismo si van unidos al ejército que si pertenecen a alguna de las guarniciones comprendidas dentro de la esfera de acción de aquél).

El concepto actual de la guerra, el moderno arte de la guerra, lo que hoy constituye el "Teatro de Operaciones", obliga a conjugar más y mejor ese deseo del legislador de que los combatientes, precisamente en esos momentos más críticos de su vida, en que la ofrecen en defensa de su Patria, puedan disponer sus actos o contratos sin cortapisas de ningún género, y con las facilidades que las circunstancias lo permitan. No se trata de ningún privilegio o favor de una clase determinada, los militares, pues se refiere esta facilidad a todos los españoles que en esos momentos ostentan el título de combatientes en su más amplia acepción.

Pero debo precisar, en lo que sea posible, ese sentido de la guerra en el espacio y en el tiempo, ya que si exagerado sería pensar en que para hacer testamento, por ejemplo, tuviera que desplazarse el combatiente "por delante de las piezas de artillería de campaña", tampoco podrá admitirse el que un "combatiente" herido o de permiso, en la zona del interior pretenda testar ante un Interventor Militar, si puede, con toda normalidad, hacerlo ante un notario.

Esa facilidad que el legislador otorga, no puede ser nunca fuente de abusos. Pese a que existen hoy día, circunstancias sociales y políticas, que provocan una alteración grave de la convivencia de la sociedad de determinados puntos del Estado español, en los que se puede decir, más o menos exageradamente, que existe una situación de guerra latente, no puede ni debe declararse que la función notarial pase del Cuerpo Notarial al de Intervención Militar. Pero, tampoco podemos exigir el que los combatientes otorguen sus actos o contratos con acompañamiento de música de

ametralladoras; que si en algunos casos así será, en otros, la calma del combate o la idea de ir un día a él, será la causa de sentir esa necesidad de dar manifestación legal a las disposiciones de su voluntad.

No creo que sea necesario hacer la distinción de fuerzas expedicionarias, ya que fuera o dentro del territorio nacional se puede estar en campaña o en guerra. Unicamente pues, y siguiendo las anteriores directrices, lo que se debe establecer como elemento determinante del campo de aplicación de la fe pública militar es ese concepto de "estar en guerra", quizás más adecuado que el de "estar en campaña", ya que este término parece querer reducir, y los modernos "teatros de operaciones" son de grandes extensiones.

Y esa amplia extensión conviene dar en principio al concepto de "estar en guerra"; y así debe entenderse que estar en guerra puede ser además de otras situaciones parecidas:

- La guerra oficialmente declarada.
- El hecho de la guerra.
- El estado de guerra.
- El hallarse todo o parte del Ejército en pie de guerra.
- Formar parte del Ejército en una expedición en territorio extranjero.
- El hecho de estar el Ejército en campamentos, bases o aeródromos para emprender hechos de guerra motivados por revoluciones internas.
- Cuando el Ejército se encuentra en estado de emergencia por peligro inminente de una acción bélica.
- Cuando el Ejército o parte de él se encuentra en el extranjero en maniobras combinadas con otros Ejércitos.
- Cuando se encuentra en el extranjero para proteger

con su presencia determinados intereses.

- Cuando se encuentra en territorio extranjero para hacer una demostración de fuerza a favor de un país amigo.

Pero por un sentido de equidad, se deben también reducir las situaciones en que dentro de ese concepto de guerra, el Interventor Militar puede ejercer su función notarial, ya que si se -- puede acudir a un notario, éste y solo él puede y debe actuar en el cumplimiento de su función. Esta expresión de "si se puede --- acudir a un notario, puede también entenderse en el sentido de --- que el notario pueda normalmente acudir al lugar en que se le reclama.

Piénsese en la diversidad de supuestos que pueden ocurrir en ese estado de excepción que es la guerra, que muchas veces, -- incluso, no se sabe ni cuando empieza. Así puede ocurrir que inesperadamente un regimiento, una unidad cualquiera, quede acuartelada; las órdenes son tan estrictas, que nadie puede abandonar su -- cuartel o campamento. Podrá suceder sin embargo, que un notario -- pueda, con toda normalidad, y hasta que ello no suponga violar secretos o situaciones militares, el acudir al requerimiento de una de las personas acuarteladas. En ese caso, la actuación del Interventor Militar no estaría justificada. Por el contrario si no --- existe demarcación notarial en la que esté el acuartelamiento, o si el notario considerase no debía o podía ir, o que las órdenes impidieran la entrada a cualquier persona extraña en el mismo, -- la actuación del Interventor Militar es total y plenamente efi-caz.

Háganse simplemente estas reflexiones ¿puede negarse a -- una persona la expresión legal de su voluntad?. Si el Estado ha -- designado a unos funcionarios para ejercer normalmente esta función notarial, pero también a otros para desempeñarla en situa-- ciones de excepción ¿puede negarse el que se acuda a ellos cuando

estas circunstancias se dan?.

Y no se olvide nunca que, si nada impide el poder acudir a un notario, él será el que deba autorizar los actos y contratos.

Concretaré el campo de aplicación o el marco en el que se podrá ejercer esta fe pública especial, ejercicio que podrá concurrir en el tiempo y en el espacio con el de la fe pública notarial, pues en un mismo lugar en dos momentos diferentes pero próximos, o en un mismo momento pero en dos lugares muy poco alejados podrán estar actuando, cuando se dieran las circunstancias a que a continuación haré referencia, un notario y un interventor militar, según que el primero pueda o no pueda actuar y deba ser sustituido en el segundo supuesto por el interventor.

Lo que determina la procedencia de actuación del interventor será la coexistencia de dos circunstancias:

- Primera.- La de existir una situación bélica, parabélica o de anomalía y particularidad militar, en la que el individuo se encuentre ineludiblemente inmerso en la organización castrense.
- Segunda.- La de que en la situación anterior, no pueda normal y razonablemente acudir el notario a efectuar - su labor autenticadora que se le pide.

Haré seguidamente algunas matizaciones sobre aspectos de interés o directrices que la regulación futura pretendida debería tener en consideración.

La primera cuestión que surge es la denominación del encargado de desempeñar la función, Jefe u Oficial Interventor. De-

be denominarse durante el desempeño de su misión "Notario Militar". Voy a justificar brevemente los motivos en que me fundo para ello.

Si nos fijamos en el Decreto del año 1941 la idea clara - del legislador es que todos los actos y contratos de carácter privado extrajudicial, además de los testamentos -que ya por el Código Civil caen bajo el cometido del Cuerpo de Intervención-, quedan regulados por el mencionado Decreto y por lo tanto por las -- disposiciones que en su día se dictan a tenor de su artículo 4º. Y comparando esta función no es otra que la que desempeñan los -- notarios en tiempos de paz.

Podrían emplearse otras denominaciones, tales como "Fedatarios Militares", o "Legitimadores Militares", pero aparte de -- que su aplicación a toda la función sería más o menos correcta, a nada suenan; pensemos por un momento lo que sería explicarle a un soldado, campesino castellano, pescador gallego o peón andaluz, -- cuando pidiese permiso para ir al notario militar por tener necesidad de realizar un acto o contrato, que en el Ejército no existía dicho notario, y que tenía que recurrir a un "fedatario" o a un "legitimante". Difícilmente se convencería de que dicho acto -- o contrato iba a tener valor alguno en el orden civil.

Al escribir esto no olvido ni el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley Orgánica del Notariado, ni el artículo 34 de su Reglamento de 1944, y aplaudo sin reservas que el Cuerpo Notarial, -- que por su alta preparación jurídica, intelectual y moral ha llegado a ser uno de los cuerpos más brillantes de funcionarios, se defienda de todo intrusismo posible en el quehacer jurídico normal- Comparto su opinión de que, en tiempos de paz y de aplicación estricta de la Ley y Reglamento Notarial, nadie en absoluto debe denominarse "notario"; pero también aplaudo sin reservas -- que en tiempo de guerra el noble título de notario se una al no me nos noble de "militar".

No sería extraño, por otra parte, que en el caso de una -
movilización racionalmente estudiada, el Cuerpo Notarial, o los -
componentes del mismo en situación movilizable, pasaran a formar
parte del Cuerpo de Intervención Militar.

Por último, la objeción de que existe una Ley que prohíbe
tal denominación, no sería un obstáculo insalvable, pues como de-
cía, si incluso las mismas leyes generales y básicas de un país
quedan sin aplicación en caso de guerra o de emergencia, y los -
derechos de los ciudadanos quedan suspendidos en circunstancias
excepcionales, ya que en estos momentos no existe más que el inte-
rés supremo de la nación, no hay motivo para que no quede en sus-
penso un artículo de una Ley o Reglamento constitutivo de un Cuer-
po.

En lo que se refiere a las personas que pueden utilizar -
los servicios del notario militar, ha de tenerse en cuenta los -
términos taxativos que en su artículo 716 emplea el Código Civil,
que dice que podrán otorgar testamento militar, en tiempo de gue-
rra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros
y demás individuos empleados en el Ejército que sigan a éste, y
por otra parte el Decreto de 1941 que hace referencia a que todos
los españoles que formen parte de fuerzas expedicionarias, y mien-
tras estén en campaña, podrán otorgar toda clase de actos y con-
tratos. De la amplitud de ambas disposiciones, y de la considera-
ción de las facilidades que ha de obtener toda persona que, en un
estado de conflagración bélica, se ve imposibilitada de acudir al
notario como expresión de la equidad y de la lógica, deduzco que
todo aquél que no pueda, en estas situaciones, acudir a notario,
pueda servirse del notario militar.

Es muy importante destacar que con esta pretendida regla-
mentación de la notaría militar no se pretende prescindir del Re-
glamento del Notariado; antes bien, no se ignora que tanto el De-

creto de 1941 como el Reglamento del Cuerpo de Intervención Militar se refieren a la Ley y Reglamento Notarial, como norma de actuación del Interventor Militar. Pero también es cierto que no todo el Reglamento Notarial es aplicable en campaña.

Así, por ejemplo, en cuanto a la parte referente al instrumento público, escrituras, copias testimonios, etc., no sería posible la aplicación en campaña de la mayoría de los artículos del anteriormente mencionado Reglamento Notarial. Sabemos que una de las cosas que más cuida éste es la parte que suele llamarse cabeza del documento, en la que se hace constar el lugar, fecha, hora, comparecientes, etc. Si esto se hiciese constar, bajo pena de nulidad, en los instrumentos públicos extendidos en estado de guerra, podría llegarse a la consecuencia de descubrir el movimiento de Unidades; cabe la posibilidad de que un soldado, que cada vez que su Unidad cambiase de lugar, se presentase al Interventor requiriendo que le extendiese un documento; si ese documento indica el lugar y la fecha en que se extiende puede ser remitido a personas interesadas en conocer en cada momento la situación de dicha Unidad en la que está destinado ese soldado.

Esto se opondría al secreto de la situación de las tropas en campaña y para obviar este riesgo el lugar de otorgamiento se debería hacer constar en instrumento público mediante clave, fórmula o contraseña que designe el "Teatro de Operaciones", de acuerdo con lo establecido por el Ministerio de Defensa. Respecto al requisito del papel timbrado, ante la dificultad de disponer de él en campaña, el instrumento público podría extenderse en papel común, sin la limitación del número de espacios, palabras, etc., con la obligación de que posteriormente cuando las circunstancias lo permitieran y, en todo caso, cuando fuese a surtir efectos dicho instrumento, se reintegrase, sin cuyo requisito no surtiría efectos legales.

En cuanto a la identificación del otorgante, debería optarse por una fórmula amplia, que, sin perjuicio de las necesarias garantías jurídicas que exige la transcendencia del acto de otorgamiento, permitieran en último extremo al Interventor juzgar sobre la idoneidad de cualquier medio que permita el conocimiento de dicho otorgante, pues de otro modo se impediría injustamente el uso de la fe pública a numerosos solicitantes.

Puede suceder también que al notario militar acudan extranjeros, ya sean combatientes aliados o prisioneros, ya perteñezcan a la población ocupada.

Sería también injusto negarles a ellos en cualquier caso el derecho reconocido por las leyes de otorgar toda clase de instrumentos públicos.

Pueden presentarse entonces tres situaciones:

1ª.- Que el extranjero conozca nuestro idioma; las formalidades a seguir son las del supuesto normal del otorgante español.

2ª.- Que el notario militar conozca el idioma del extranjero; en este caso se redactaría por aquél en el idioma español y en el del extranjero.

3ª.- Que los extranjeros no conozcan nuestro idioma, y el Interventor por su parte no entienda el de aquéllos.

En este caso, y como mayor garantía de autenticidad, se habrá de escribir a mano por el otorgante y en su propio idioma, siempre en presencia del notario militar y de dos testigos, quienes habrán de rubricar al margen todos los folios u hojas que se empleen. El artículo 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que la traducción posterior se haga privadamente o por la Oficina de Interpretación en Lenguas, pero en el primer supuesto si

alguna de las partes impugnase la traducción dentro del tercer día, alegando que no la tiene por fiel y exacta, habrá de remitirse a dicha Oficina.

El trámite posterior será el mismo para las tres situaciones que acabo de exponer, dejando sin embargo siempre al arbitrio de las autoridades militares el cursar o no, según las necesidades de la campaña, dichos instrumentos al país al que pertenece el extranjero otorgante, para que surta sus efectos.

En caso de no cursarse de momento, se custodiarán los instrumentos de modo conveniente en el Cuartel General del Ejército.

Por las razones de justicia ya expuestas anteriormente, y que pueden integrarse en lo complejo de la situación que toda guerra o estado de excepción trae consigo, estimo oportuno ampliar el ámbito de la testificación a los extranjeros, permitiéndoles ser testigos instrumentales en toda clase de actos "inter vivos" y exonerándoles de conocer suficientemente el idioma español.

Fácilmente se puede comprender que sin esta modificación la tutela de los derechos de los combatientes y demás personas que puedan resultar afectadas por una campaña resultaría a todas luces incompleta, ya que la exigencia que hace el Reglamento Notarial de que dichos actos y contratos han de ser otorgados ante testigos necesariamente españoles, puede resultar en los supuestos que ahora se contemplan, de imposible cumplimiento.

Otra cuestión fundamental que debe tenerse en cuenta es la formación y conservación del protocolo, donde se guardan las matrices de todos los instrumentos, El artículo 36 de la Ley del Notariado determina que los protocolos pertenecen al Estado, aña-

diendo que los notarios los conservarán con arreglo a las leyes - como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad.

El capítulo VIII del Reglamento Notarial detalla minuciosamente la forma de archivar, conservar, y demás funciones referentes a dicho protocolo y sus archivos, libros e índices.

Haciendo referencia a ésto el Decreto de 1941 dice que el Interventor formará el protocolo, remitiéndolo a finales de año a la Dirección General de los Registros y el Notariado.

Es evidente que el notario militar en las operaciones bélicas no lo puede arrastrar tras sí, durante todo un año y en las circunstancias excepcionales que suponen.

En la formación del protocolo ha de seguirse por el notario militar actuaciones especiales y sin duda en este punto se podrían seguir unos criterios semejantes a los que en este punto siguen los Agentes Diplomáticos y Consulares, pues es evidente una cierta similitud del ejercicio de la fe pública castrense en épocas de guerra y expediciones militares con las funciones notariales de los Agentes Diplomáticos y Consulares de España en el extranjero. Por ello no es utópico pretender que se articule en una disposición que debería quedar incorporada al Reglamento Notarial como Anexo IV, análogo al Anexo III que ya existe y en el que se regula el carácter de notarios de aquellos agentes.

Como digo, no creo que sea una utopía esta sugerencia, - pues si nos fijamos, concurren en interventores militares y diplomáticos los mismos supuestos que hayan podido aconsejar la inclusión del Anexo III en el Reglamento Notarial. Es decir, un pleno y total ejercicio de funciones notariales por quienes no son notarios, una permanencia a través de tiempo y lugar de aquellas funciones y un acomodamiento de su ejercicio a las leyes generales -

del notariado.

Por consiguiente, ninguna justificación cabría en contra de una petición en tal sentido. Distinto sería si el ejercicio -- por los interventores militares de facultades notariales en guerra o expedición militar tuviera condicionada su pervivencia a alguna circunstancia de tiempo, pues entonces si cabría argumentar en contra de la pretendida inclusión de un nuevo Anexo al Reglamento del Notariado, cuya vida se presume, en principio limitada.

Pero respecto a los interventores ¿quien se atrevería a afirmar que un estado de guerra o una situación de fuerzas expedicionarias en operaciones militares no volverá a producirse jamás?. Eso sería tanto como predecir que en el futuro no habrá diplomáticos porque habrá desaparecido el extranjero.

Este Anexo IV al Reglamento Notarial, que propugno, vendría a cubrir, en parte, el vacío dejado tras la publicación del Decreto de 25 de Septiembre de 1941, que preveía, en su artículo 4, la necesidad de dictar las disposiciones aclaratorias o complementarias.

En cuanto al contenido de ese Anexo IV, creo que debe ser poco más o menos del estilo del actual Anexo III, pero haciendo una especial remisión a los reglamentos militares. Esta remisión es tanto más necesaria cuanto que este Anexo IV no puede descender, a menos que su extensión sea casi la del propio Reglamento Notarial, a ese cúmulo de particularidades que caracterizan y diferencian el ejercicio de la fe pública de guerra respecto a la fe pública notarial.

La idea de seguridad que preside la formación del protocolo, pugna con las situaciones bélicas, con la guerra. No puede --

concebirse el que un interventor en el campo de batalla, pueda - "conservar" su protocolo contra los ataques enemigos o los bombardeos; no puede incluso exigirsele que en sus constantes desplazamientos lleve la carga y preocupación de su conservación. No tiene seguridad, ni inamovilidad. Está sujeto al peligro y al desplazamiento. Su preocupación mayor ha de ser la de que ese documento que autorice, esa escritura matriz, sea enviada urgentemente a la zona de retaguardia, para su mayor seguridad.

Debe formarse el protocolo que dé firmeza y seguridad a lo que se quiere perpetuar, pero no puede ni debe formarse con -- "la seguridad de su inseguridad" en el campo de batalla.

Los interventores militares una vez autorizaran los actos y contratos matrices, deberían expedir inmediatamente las copias precisas, y remitir con la urgencia posible y debidas garantías a la Notaría Militar del Cuartel General del Ejército, aquellas matrices y documentos incorporados, con los que dicha Notaría iría formando el protocolo o los protocolos que se estimaran más convenientes, bien por "Teatros de Operaciones", por interventores - actuantes o por cualquier otra clasificación idónea, que permita en todo momento la localización de los documentos. A fin de cada año, podrían remitirse a la Dirección General de los Registros y del Notariado, conservando copia autorizada de los mismos.

El protocolo pertenece al Estado y éste lo custodia a través de su Ministerio de Defensa. Pero el Interventor en campaña - debería de llevar un libro índice, sin perjuicio de los índices - reservados a que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley del - Notariado, en el que ordenadamente anotaría todos los actos y contratos en que intervenga. Dentro de los ocho primeros días de cada mes o cuando las circunstancias lo permitan, los notarios militares remitirían a la Notaría Militar del Cuartel General del Ejército índice de los documentos autorizados en el mes anterior o - certificación de no haber autorizado ninguno.

La Notaría Militar del Cuartel General del Ejército encuadraría los instrumentos autorizados por orden cronológico del Registro de Entrada y observaría en todo momento en la protocolización, las formalidades prescritas en el Reglamento Notarial, - llevando los índices que fueran necesarios.

Es de destacar que dicha Notaría Militar tendría obligación de cursar anualmente, o antes si finalizasen las circunstancias excepcionales, a la Dirección General de los Registros y del Notariado un índice en el que haría constar todos los instrumentos que se hubiesen autorizado por los notarios militares, durante el año o campaña correspondiente.

El Archivo General de Protocolos de Madrid custodiaría no sólo estos índices que acabamos de exponer, sino también los protocolos de la Notaría Militar del Cuartel General del Ejército, - la cual los remitiría una vez terminada la excepcionalidad y en todo caso a los 25 años.

También debería remitir dicha Notaría igualmente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, copia autorizada por el notario militar del Cuartel General del Ejército, de los testamentos abiertos y del acta de los testamentos cerrados autorizados por los interventores militares, y la expedición de las - copias o testimonios de todos los instrumentos públicos que se encontrasen protocolizados en dicha Notaría Central.

Esta centralización en el Cuartel General del Ejército de las actividades que en el desarrollo normal de la función notarial corresponde a los notarios o agentes diplomáticos se justifica por las razones anteriormente expuestas, que son la seguridad y eficacia del Protocolo. Seguridad por encontrarse normalmente - lejos del campo de batalla, y eficacia al poder ser perfectamente localizado dicho protocolo por quien tenga interés en acudir al - mismo.

II NORMATIVA REGULADORA

Una vez hechas las anteriores consideraciones sobre el campo de actuación de la función fedataria desempeñada en sustitución del notario por el fedatario militar, sobre la necesidad del desarrollo normativo de esta materia y los aspectos que deberían tenerse en cuenta en el desenvolvimiento legal de estas cuestiones, conviene recoger en este momento la legislación actual reguladora.

Distinguiendo entre situaciones bélicas o parabélicas, en el amplio sentido visto en su momento, y situaciones de normalidad social, la legislación existente para regular la función notarial en la primera situación está representada por la sección séptima -- del capítulo primero, del título tercero, del libro tercero del -- Código Civil, es decir, los artículos 716 al 721.

También está representada por el Decreto de 25 de Septiembre de 1941, aún en vigor, relativo al ejercicio de la fe pública en las fuerzas expedicionarias, y los artículos 37 y 40 del Decreto de 21 de Septiembre de 1963, norma que aprueba el Reglamento -- Orgánico del Cuerpo de Intervención Militar.

Sin perjuicios de la reproducción en cada momento de mi -- análisis de los correspondientes preceptos legales, y con objeto -- de dar facilidades al lector de este trabajo, se reproduce a continuación los textos de las precitadas disposiciones.

Artículo 716. En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército, o que sigan a este, podrán otorgar su testamento -- ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

Es aplicable esta disposición a los individuos de un Ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo o herido, podrá otorgarlo ante el Capellán o el Facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.

En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Artículo 717. También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de Guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.

Artículo 718. Los testamentos otorgados con arreglo a los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por este al Ministro de la Guerra (hoy de Defensa).

El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite a los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio a su apertura en la forma prevenida en dicha Ley, con citación e intervención del Ministerio Fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

Artículo 719. Los testamentos mencionados en el artículo - 716 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

Artículo 720. Durante una batalla, asalto, combate, y generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se -- salva del peligro en cuya consideración testó.

Aunque no se salvere, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de Guerra o funcionario de Justicia que siga al Ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el artículo 718.

Artículo 721. Si fuere cerrado el testamento militar, se -- observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere.

Decreto de 25 de Septiembre de 1941.

Artículo 1. "Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código -- Civil respecto a los testamentos, los españoles que formen parte -- de fuerzas expedicionarias, y mientras estén en campaña, podrán -- otorgar toda clase de actos y contratos que requieran intervención notarial ante el Jefe u Oficial Interventor de la Unidad superior a que pertenezcan."

Artículo 2. "Para que los instrumentos públicos tengan va-

lidez en España, ya autorizados o que se autoricen conforme el artículo anterior, deberá certificar la legitimidad de las copias el Jefe de Estado Mayor de las tropas expedicionarias."

Artículo 3. "El Jefe u Oficial Interventor observará, en -- cuanto fuera posible y en la parte aplicable, además de las disposiciones contenidas en los Reglamentos Militares y que afecten a -- las funciones del Cuerpo de Intervención, las de la Ley del Nota-- riado, de su Reglamento y de sus Anexos segundo y tercero, remi-- tiendo a fin de año el Protocolo que hubiera formado, a la Direc-- ción General de los Registros y del Notariado, por conducto del -- Ministerio del Ejército, debiendo entenderse, aplicable a dicho Mi-- nisterio del Ejército cuantas referencias se hacen al de Estado -- por la legislación notarial."

Artículo 4. "Queda autorizado el Ministerio de Justicia -- para dictar las disposiciones aclaratorias o complementarias que -- sean precisas para la ejecución de este Decreto."

Decreto de 21 de Septiembre de 1963.

Artículo 1. "El Cuerpo de Intervención Militar tendrá a su cargo:

c) Las funciones propias de la Notaría Militar."

Artículo 5. "El ejercicio de la Notaría Militar lo efectua -- rá en la forma que establece el Código Civil, el Decreto de 25 de Septiembre de 1941 y demás leyes y disposiciones reglamentarias."

Decía al iniciar éste capítulo, que el testamento militar abrió una cuña en la legislación relativa a la parcela de la fe pública que puede calificarse de militar. Si bien la institución del testamento militar fue ya recogida en el Código Civil, el resto de los aspectos de la fe pública militar no han tenido el mismo eco, no ya por no ser recogidos en un primer texto legal, como el Código, sino por no ser objeto de disposiciones de primer rango normativo. En efecto, ya he señalado que el resto de la regulación de la materia está representado por los Decretos que, pese a sus deficiencias, no han sido ya sustituidos, sino ni siquiera desarrollados ni complementados por otras disposiciones.

Por ello iniciaré un comentario detallado del testamento militar, limitándome a las formulaciones, sobre la justificación y la necesidad de desarrollo de la normativa reguladora de la autenticación de los negocios intervivos, en las distintas situaciones en las que el notario ha de ser sustituido por el fedatario militar, que con anterioridad he presentado.

III. EL TESTAMENTO MILITAR

1) Historia

Pese a la opinión de algún tratadista clásico, como Mucius Scaevola y Manresa, (8) que ven el antecedente remoto del testamento militar en el testamento in procintu, el cual era una variante del testamento in calatiis comitiis, que se diferenciaba de éste en que el pueblo, ante el que se hace el testamento, está presente no en comicios, sino configurado como ejército armado y dispuesto para entrar en batalla, la doctrina dominante (9) entiende que si bien el testamento militar enlaza de alguna manera con el testamento in procintu, en cuanto que éste representaba una --

forma en la que podían testar los soldados formando parte del ejército dispuesto para entrar en batalla, dado que entre ambas figuras de testamento no existe un enlace histórico evolutivo, y solamente hay una cierta similitud en sus fundamentos, no puede considerarse el testamento in procintu como antecedente del testamento militar, sino que se trata de dos formas testamentarias que tuvieron un mero paralelismo externo y la más completa autonomía entre sí.

Es con posterioridad al Derecho Romano de la República, ya en la época del Imperio, cuando el primer Emperador Julio Cesar concedió, ya con carácter de privilegio o concesión en beneficio de una clase merecedora del favor y la gratitud del Imperio como era la militar, la facultad excepcional de testar en determinada forma denominada testamentum militis, pero solo con carácter temporal, extinguiéndose esta facultad a la muerte del Emperador. BURCHARD, decía en 1875 que no se puede hablar de un "testamentum militare" en sentido propio hasta los tiempos del primer Emperador romano; en cita que hace PEÑAS quien, por su parte, añade que Julio Cesar libró a sus tropas de los estrechos requisitos del "testamentum paganorum" (10).

Los Emperadores Tito y Domiciano otorgaron igual facultad y Nerva concedió a los soldados plenissiman indulgentiam que Trajano dió permanencia. Por ello se puede considerar que a partir de ese momento se inicia en Roma el sistema sucesorio militar.

La causa que motivó la concesión por el Imperio de esta forma especial de testar no esta clara. Algunos jurisconsultos romanos, como Justiniano y Gayo, entendieron que "propter nimiam imperitiam" fue introducido, ya que era necesario dotar a los militares de un medio sencillo de ordenar sus últimas voluntades; otros consideraron que fue establecido a modo de privilegio. La verdad es que la impericia no puede considerarse como fundamento del origen de la institución, pues también se daba esta impericia

en otras clases del Imperio a las que no alcanzó la facultad otorgada con carácter inherente a la persona, con independencia de toda circunstancia de tiempo y lugar, manera como apareció en la -- época clásica el testamento militar, auténtico privilegio de clase. Tampoco parece que fuera el deseo de beneficiar a una clase -- lo que originó esta forma testamentaria, que más bien encuentra -- motivo para nacer en la frecuencia con que los soldados se hallaban en *imminens periculum mortis*.

Hernández Gil fundamenta el testamento militar, de un lado, en el posible influjo de algunas instituciones hereditarias -- helénicas y, de otro, en la afluencia de elementos provinciales -- al ejército y la concesión de la ciudadanía romana a los soldados, los cuales desconocían el ordenamiento jurídico en que se les integraba, por lo que el *ius civile* hubo de adaptarse a las varias y distintas nacionalidades, y en materia testamentaria, simplificar el testamento romano clásico, hasta dejarle reducido a una -- simple declaración de voluntad. (11)

Las Instituciones Justinianeas dedican todo el título XI del libro II, a tratar exclusivamente del testamento militar, circunscribiéndole al objeto y propósito que le dieron origen y estableciendo limitaciones que lo aproximan a su forma actual, como -- la que representa el que no podrán beneficiarse de él los que se hallen *extra expeditione*, que habrán de someterse a las reglas del Derecho Común, sino solo los que se encuentren *in expeditione*, entre los cuales, además se distingue según expresen su última voluntad ante la inminencia de una batalla o, aún estando en campaña, sin inmediato peligro de combate.

Es preciso resaltar que este testamento militar romano -- estaba caracterizado por una gran libertad de forma, que alcanzaba no solo a formalidades externas, sino que también suponía variaciones de fondo que implicaba derogación de muchos requisitos intrínsecos del sistema testamentario común.

Esta escasez de formalidades (12) solamente encontraba su límite en lo estrictamente indispensable para evitar que la voluntad de los militares fuera suplantada. (13)

No obstante, la especialidad del testamento militar y su importancia histórica está más en su fondo que en su forma. Algunas de estas especialidades no han trascendido, como la de permitir su revocación sin ninguna formalidad, bastando que la voluntad revocatoria sea reconocible, o la posibilidad de que el testamento revocado, incluso rasgado y cancelado, pueda adquirir de nuevo validez. (Ulpiano D-29.1.15.1)

Otras, en cambio, han pasado más tarde al Derecho común, como la novigencia de la regla "nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest", la validez de la institución ex re certa y la validez de la institución sujeta a condición resolutoria. Otras particularidades pueden ser señaladas, y así Hernández Gil menciona las relativas a la institución del esclavo sin voluntad expresa de manumitirle, la desheredación tácita, la no ruptura del testamento por el advenimiento de un póstumo, la derogación de la querella inoficiosi testamenti y de la Ley Falcidia, las referentes a la sustitución de herederos, la pluralidad de testamentos, el ius accrescendi y la designación del heredero directo en codicilo. (14)

Los germanos desconocían el testamento dado el carácter familiar que tenía la propiedad entre ellos. "Puede decirse -afirma MINGUIJON- que los germanos no conocían la propiedad privada sino en cuanto a las cosas muebles. El jefe era considerado más bien como administrador que como dueño, y ni aún en vida podía disponer de los bienes fuera de la familia, a lo menos entre ciertos pueblos bárbaros. Era natural pues, que a la muerte del jefe su parte acreciese a los demás miembros de la familia, siendo administrado el haber común por el que le sucediese en la dirección del grupo familiar." (15)

La penetración de los bárbaros en el mundo romano les dió a conocer los beneficios de la sucesión testamentaria. Elemento determinante de la introducción del testamento entre los pueblos bárbaros, junto con el Derecho de Roma, fué la Iglesia. Las liberalidades a favor de ésta de los establecimientos religiosos, las emancipaciones de siervos en actos de última voluntad eran consideradas por quienes hallábanse en trance de muerte como una expiación de sus culpas para merecer la divina misericordia.

Por su más profunda romanización, los visigodos acogieron fácilmente el testamento, de suerte que la ley visigoda constituye una excepción entre las demás leyes bárbaras, por cuanto admite y regula esta forma de suceder en el sentido romano.

No obstante y en virtud del desconocimiento originario que los germanos tenían del testamento, se puede explicar que el Breviario o Código de Alarico, pese a su clara esencia romana, nada diga del testamento militar, ya que los soldados visigodos serían entonces de raza bárbara y no se regían por el Derecho Romano.

Posteriormente se encuentra una forma de testar despojada de todo formalismo, pues es suficiente la mera expresión oral de la voluntad del testador, para los que mueren en la guerra, en la Ley 13, Título V, Libro II del Liber Iudiciorum de Chindasvinto que menciona el testamento del in expeditione publica moriens, disponiendo que si el testador no tuviere junto a su hombres ingenuos, consigne su voluntad por escrito, y si así no lo hiciera, pueda expresarla a sus siervos, los cuales mereciendo fe al Juez y al Obispo por no haber cometido nunca fraude, deberían prestar juramento acerca de la última voluntad del testador, y sus manifestaciones, puestas ya por escrito, habrán de ser suscritas por la autoridad judicial y la religiosa y confirmadas, finalmente, por el Rey. En opinión de Zeumer (16) se trata de una imitación de la famosa novela 20 de Valentiniano III, que introdujo el tes-

tamento ológrafo, si bien el legislador visigodo sobrepasa su modelo al permitir que el testador que no sepa escribir declare su voluntad ante personas no libres.

La Alta Edad Media cristiana se desenvuelve bajo el signo del Derecho germánico, una vez desaparecido el reino visigodo y con él la considerable influencia que el Derecho Romano ejerció en la legislación visigoda. Excepcionalmente encontramos algún texto referente a testamento militar, como el del conde Gonzalo Salvadórez, mencionado por Menéndez Pidal (17); pero que, al decir de Rianza y García Gallo (18) debe tratarse de un testamento común, llamado in procintu por un resabio erudito del testamento militar romano, pero sin que se acusen solemnidades especiales.

El fuero Juzgo, versión romance del Liber Iudiciorum hecha en la Baja Edad Media y vigente en la época como fuero municipal de algunas localidades, reproduce la disposición del segundo ya mencionado (19), pero confirmando el sentido racional y limitado a encontrarse en expedición, que las Instituciones Justinianas dieron al privilegio, en su título XI del libro II, constituido por el testamento militar.

A partir del siglo XIII se produce en la Península un nuevo periodo en la historia jurídica, el hispano-romano-justiniano, caracterizado por la recepción en el territorio peninsular del Derecho Justiniano en masa y, entre sus instituciones, la del testamento militar, pero de la manera en que el emperador bizantino la había concebido y que ya vimos con anterioridad, es decir, entendiendo el testamentum militis referido no a la condición personal del otorgante sino a la situación de éste en cuanto individuo que se encuentra en campaña.

Las Partidas, el gran monumento legislativo que tanto había de contribuir a la penetración en la Península del Derecho -

de Roma, recogen fielmente la doctrina de Justiniano en lo que toca al testamento militar. Calificado por el Código Alfonsino de -privilegio de clase, en razón del oficio militar y de las circunstancias en que se desenvuelven quienes lo prestan, las de tiempo u ocasión de guerra. En efecto, dicen las Partidas, exaltando la profesión de las armas, que "defensores son uno de los tres estados, porque Dios quiso que se mantuviese el mundo... en defender yacen tres cosas: esfuerzo, honra e poderio" (Prólogo del título XXI, Partida II) por lo que gozan tales defensores del privilegio según la Ley 24, título XXI, Partida II de "facer testamento o -manda en la guisa que ellos quisieren" pero esto referido al tiempo que "estuvieren en hueste o fueren en mandadería del Rey".

Como motivación o fundamento de esta forma extraordinaria de expresar su última voluntad los militares en campaña -en hueste-, las Partidas no aluden a la imperitia romana ni aún en el --sentido justiniano, sino que se refieren sólo, como veremos en seguida, al "gran peligro a que se meten".

Concretando, las Partidas regulan el testamento militar, refiriéndose a él la Ley 4ª del título I de la Partida 6ª como "priuillejo" otorgado a los caballeros "por les facer honra". Pero en realidad ese carácter de privilegio aparece atenuado ya en el propio cuerpo legal, cuando se cuida de puntualizar que si algún caballero otorga testamento en su casa o en otro lugar "que -non sea en hueste, deuelo facer en la manera que los otros omes". Y sólo para el caso de que haya de hacerlo "en la hacienda, veyéndose en peligro de muerte", es cuando autoriza una modalidad -de testamento desprovista de formalidades (como pudiere, e como quisiere, por la palabra o por escrito), bastando que "pueda ser prouado por dos omes buenos que se acertassen". No es, pues, la -personal consideración del caballero o militar lo que determinaba la posibilidad de recurrir a esta modalidad de testamento, sino que su admisión se justifica en atención al peligro en que por razón de su oficio puede ocasionalmente encontrarse el sujeto y a las di

ficultades con que para otorgar testamento en forma ordinaria podía tropezar en tales circunstancias.

En las Partidas, pues, el testamento militar aparece regulado con ponderación y equilibrio. No puede ser otorgado en todo momento por los militares sólo por poseer esta cualidad, como vimos que sucedía en el Derecho Romano clásico y después veremos -- que ocurre en nuestra legislación del siglo XVIII, en la que para acogerse a sus normas llega a ser suficiente el hecho de gozar -- sueldo del ejército. Por el contrario, y como consecuencia de la razón aducida para autorizar esta forma extraordinaria de testamento --"el gran peligro a que se meten"--, quienes no se encuentren en campaña se han de someter a las prescripciones del Derecho Común. Pero ya en guerra desaparecen todas las trabas y formalidades: no precisa el militar que quiere otorgar testamento en tal circunstancia sino hacer declaración de su voluntad ante dos testigos rogados, y en caso de peligro inminente de muerte "lo puede facer como pudiere e como quisiere", sin más requisito, en último término, que el testimonio de dos hombres buenos.

Después de las Partidas no encontramos hasta el siglo --- XVIII preceptos que hagan mención del testamento militar, si bien al no derogarlo de un modo expreso ninguno de los Cuerpos legales que durante ese tiempo fueron promulgados, debe entenderse que en principio, y al menos de derecho, subsistió la vigencia de sus -- normas. Cuestión distinta es que de hecho el testamento militar -- fuese olvidado y cayera en desuso por varios motivos. Pudo ser -- uno de ellos, como apunta Martínez Fuset, el predominio que alcanzaron los testamentos por comisario (20), introducidos en nuestro Derecho por el Fuero Real y el de Soria, si bien luego fueron sometidos a las cortapisas y limitaciones que les impusieron las -- Partidas y las Leyes de Toro, sobre todo estas últimas, que "vinieron a dejar ineficaz o poco útil esta forma excepcional de testar." (21)

Otra causa de la decadencia del testamento de los militares puede hallarse en la disposición dictada por Felipe II en 1566 e inserta en la Nueva Recopilación -Ley 1ª, Título IV, Libro V-, en virtud de la cual bastaba para dar validez al testamento ordinario que éste "fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades que el Derecho requiere", pues con tan expeditivo precepto no tenía razón de ser que el militar acudiese a otra forma de expresar su voluntad última, ya que no había de ofrecerle dificultad alguna encontrar siete testigos en su propia unidad o entre sus compañeros de armas.

Si la Pragmática de Felipe II de 1566 privó en gran medida al testamento militar de utilidad, ésta quedó aún más aminorada cuando Felipe V ordenó por Real Cédula de 28 de Abril de 1739 que el testamento otorgado por los militares sin ninguna solemnidad perdiese su validez si aquellos sobrevivían a la campaña con motivo de la cual testaron.

Fué, sin embargo, el propio Monarca, quién "más bien informado ahora por el Consejo de Guerra, de los perjuicios que se siguen de los dispuesto en la referida Ordenanza, y de los inconvenientes que produciría su observancia, tanto a mi servicio como a la profesión militar y honor a ella", no sólo la deroga tres años después -el 9 de Junio de 1742-, sino que dá mayor amplitud al testamento militar, al establecer que se observe la costumbre antigua en cuanto a que los militares usen de su privilegios y fuero al mismo tiempo de hacer sus testamentos no solo estando en campaña, sino en otra cualquiera parte, siempre que gocen sueldo."

A partir de esta Ordenanza se van dictando otras, como las de Fernando VI en 25 de Marzo de 1752, y 13 de Noviembre del mismo año y 12 de Abril de 1755 que van aumentando la extensión del fuero militar, hasta llegar a la Real Cédula de Carlos III de

24 de Octubre de 1778, en la que, so pretexto de aclarar ciertas dudas, "y en particular, la de si es o no arbitrario a los militares otorgar por sí su testamento conforme al estilo de guerra, o deben hacerlo ante escribano, donde lo haya, arreglándose a -- las Leyes del Reino, a las municipales o a las Ordenanzas; declaro, por punto, general, que todos los individuos del Fuero de Guerra pueden, en fuerza de sus privilegios otorgar por sí sus testamentos en papel simple y firmado de su mano, o de cualquier otro modo en que conste su voluntad, o hacerlo por ante Escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva puedan usar a su arbitrio del privilegio y facultades que les da la Ley Militar, la Civil o la Municipal; y mando que así se cumpla y execute, no obstante cualesquiera leyes, decretos y ordenanzas anteriores".

Publicada la Novísima Recopilación en 1805, que nada aclara pues se limitó a recoger las más variadas y dispares disposiciones que sobre la testamentifacción de los militares y su fuero se habían publicado hasta la fecha, recopilándolas en los títulos XVIII y XIX del libro X, surgen los primeros comentaristas de la institución que trato como Rioja con su "Defensa del Fuero Militar" aparecida en 1856 y Fernandez de la Hoz, con su obra que vió la luz el mismo año "Informe del Fuero Civil de las Clases Militares".

Esta enorme libertad de testar los militares continua en la Real Orden de 17 de Enero de 1835 dictada por la Reina Gobernadora y no es eliminada por el Decreto de Unificación de Fueros -- de 6 de Diciembre de 1868 según aclaran las Circulares de 26 de -- Septiembre y 22 de Noviembre de 1873 cuando dicen que "...este -- procedimiento no se opone al derecho que desde muy antiguo, tienen los militares de testar sin las formalidades de las leyes comunes, aún fuera de los casos de hallarse en campaña y, por lo -- tanto, el Decreto de abolición de fueros no deroga lo establecido, solo se contrae a la jurisdicción que es competente para interve-

nir en las testamentarias, pero no a la forma constitutiva y esencial de los testamentos militares" y confirma la Dirección General de Registros en Resoluciones de 30 de Mayo de 1877 y 25 de Octubre de 1884.

La tendencia codificadora del pasado siglo, impregnada de un espíritu igualitario que se manifestaba con especial fuerza en el campo del Derecho Privado, había de influir necesariamente en la regulación del testamento militar.

El Código Civil, al acoger el testamento militar entre -- los testamentos especiales, le atribuye ya el carácter que en realidad corresponde y que únicamente puede justificarlo, habiendo desaparecido de él todo indicio de privilegio, favor o concesión. Su fundamento radica ya exclusivamente en la consideración de que existen circunstancias en las que el peligro próximo de muerte en que ciertas personas pueden encontrarse por causa de la guerra, -- durante las cuales sería difícil o imposible testar por los medios ordinarios, exige que se les facilite un modo de hacerlo en forma simple y rápida. (22).

Desde que en Roma aparece el testamento militar, se aprecia en los juristas el deseo de hallar la razón de justicia que justificara el trato de favor que se daba a sus destinatarios. La más frecuentemente aducida en las fuentes es la rusticidad e ignorancia de los soldados --propter nimiam imperitiam, decía Gayo -- (23)--; pero, no es satisfactoria, porque no se puede suponer que otras personas sujetas al Derecho Común, tales como los campesinos etc., fuesen menos inexpertas.

Otro fundamento es el de Ulpiano, que basa en los riesgos excepcionales inherentes a la vida militar (24), lo cual justificaría el testamento hecho en campaña, pero no el fuero personal, ni muchos menos, la especialidad de las reglas sucesorias castren

ses.

La idea de concesión para premiar méritos a sus "fidelísimos commilitones" aparece clara en el "caput ex mandatis" de Trajano, y más explícitamente todavía en Decreto de 29.1.26, -- fragmento que menciona como beneficiario de la concesión no ya al simple militar, sino a los soldados "fidelissimusque, merentibus". Las circunstancias históricas ya que el Ejército era el más firme sostén del trono imperial, y llegó a disponer el nombramiento o derrocamiento de los Emperadores, avalan esta interpretación.

Hernández Gil (25) nos señala unas razones que entiendo más sólidas.

A diferencia de la clásica, en la época imperial el Ejército estaba compuesto, especialmente en las llamadas tropas auxiliares, casi exclusivamente de elementos provinciales, galos, -- con Julio César, y después helenos, egipcios y bárbaros, a los que se concedió la ciudadanía romana mucho antes que se generalizara su concesión a los ciudadanos de las provincias conquistadas. A estos ciudadanos cuya romanidad es una ficción, no se les aplica ya el ius gentium, pero repelen el ius civile, que ni conocen ni se adapta a su mentalidad; el testamento militar resulta así una manera de aplicar el ius gentium a la sucesión de ciudadano romano. La imperitia del soldado no es ya motivada por su falta de instrucción, sino por su falta de adaptación al Derecho Romano.

Por último, ciertas influencias extranjeras y, en primer lugar, la del Derecho Helénico, pueden muy bien haber contribuido al régimen sucesorio militar romano (26).

En el transcurso de la historia, la mayor extensión del fuero militar ha dependido de la consideración social y del po--

der político del Ejército. Hoy eliminados los privilegios de clase (27) y aceptado por todos, que pueblo y ejército son una misma cosa, pues el Ejército no es sino el pueblo en armas, sólo -- las circunstancias en que se encuentra el testador justifican la excepcionalidad de la forma testamentaria que estudio.

2) Naturaleza

Una vez tratado el problema de la fundamentación o justificación del testamento militar, habré de hacer unas consideraciones sobre otro aspecto básico íntimamente unido con el anterior; como es el de la naturaleza jurídica de la institución que vengo estudiando.

El Código Civil se refiere al testamento militar en la -- sección 3ª del capítulo I, del título III del libro III, testamento que, junto al marítimo y al hecho en país extranjero, clasifica en el artículo 677 como testamento especial.

Algunos prestigiosos tratadistas, como Castán (28) ha -- distinguido entre testamentos especiales y excepcionales, llamando especiales a los que exigen mayores formalidades que los -- comunes --testamento del loco en intervalo lúcido, del ciego, del mudo, hecho en lengua extranjera-- y excepcionales a los que permiten prescindir de algunas formalidades, incluso de la presencia del notario, como ocurre con el marítimo, el otorgado en -- país extranjero, en inminente peligro de muerte o en tiempo de -- epidemia. A este segundo grupo pertenece el testamento militar.

Es la especialidad de las situaciones en que se encuentran los testadores, la que da lugar a los llamados testamentos especiales o "no comunes".

Es frecuente clasificar todos estos testamentos "no comunes" según su especialidad dependa de circunstancias relativas - a la persona del testador (loco, ciego, sordo, mudo, de lengua extranjera), al lugar donde se otorga (en país extranjero, marítimo) o al tiempo (en peligro de muerte, en tiempo de epidemia). Entonces se dice que el testamento militar presenta la triple especialidad, de persona -militares y demás mencionados en el artículo 716 del Código Civil-, de tiempo -en tiempo de guerra- y de lugar -en campaña-. Así se manifiesta uno de nuestros tratadistas clásicos como Valverde (29).

Personalmente considero equivocada cualquier clasificación o subdistinción que no ha sido prevista por el legislador - quien en el artículo 677 distingue solamente entre testamentos comunes y testamentos especiales, para a continuación, en el artículo 677, considerar especiales solamente el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Del primero Albaladejo destaca que su especialidad radica tanto en las circunstancias en que puede otorgarse, como en quienes pueden otorgarlo, como en la forma de su otorgamiento, como en la duración de su validez (30).

Considero testamentos especiales, identificándome con el legislador en cuanto a su denominación y número reflejados en el artículo 677, a aquellas formas testamentarias que no pueden emplearse sino en ciertas circunstancias bajo pena de nulidad y, en consecuencia, no podrán ser calificados de especiales aquellos otros, como el testamento del loco en intervalo lúcido del artículo 665, el testamento de quien desconozca o no quiera usar el idioma español del artículo 684, el testamento del sordo del artículo 697 o del ciego del artículo 698, en que no hay más particularidad que la exigencia de ciertos requisitos dimanantes de determinadas circunstancias en que se encuentra el testador, los cuales, por otra parte, son también necesarios en los -

actos notariales inter vivos. Si por precaución o por capricho, en el testamento de una persona normal se hiciese la doble lectura prevista para el del ciego o se incluyese el dictamen médico propio del que hace el loco en intervalo lúcido, la validez de tal testamento no admitiría duda.

Lo que caracteriza a los testamentos especiales es que en ellos se prescinde del fedatario público por excelencia, el notario.

Ello ocurre por la concurrencia de especiales circunstancias de tiempo y lugar (31). Así acontece con el testamento militar, en el que no interviene notario por razón de tiempo y lugar, pero no de persona, como veremos más adelante.

Podría limitarse más el concepto de testamento especial excluyendo del mismo aquellos en que su especialidad no radica en el testamento en sí, sino en el funcionario depositario de la fe pública. Es decir, que más que de testamento especial deberíamos hablar de notario especial como es el caso del otorgado en país extranjero -donde el notario excepcional es el Agente diplomático o consular. Una prueba de lo razonable de esta posición es que si llamamos testamento especial al autorizado por Cónsul, habremos de llamar poder especial, compraventa especial, etc., a tales instrumentos cuando también los autorice este funcionario. En tal caso, podría sostenerse que el testamento cerrado autorizado por Comisario, del artículo 717 y sobre todo el otorgado ante el Interventor por fuerzas expedicionarias, es un testamento común ante notario especial, el notario militar que contempla el Reglamento del Cuerpo de Intervención Militar de 21 de Septiembre de 1963 y el Decreto de 25 de Septiembre de 1941. Pero teniendo en cuenta que este Decreto deja a salvo lo dispuesto por el Código Civil sobre los testamentos y que nuestro primer Cuerpo legal no hace distinción, a estos efectos, entre el cerrado y el abierto, hay que llegar a la conclusión de que también el testa-

mento militar cerrado tiene carácter de especial.

Siempre habremos de tener en cuenta, que esta especialidad de los testamentos que el Código Civil cataloga como tales, es una especialidad que, como nos recuerda Puig Peña afecta solo a la forma, nunca el fondo. "Al publicarse el Código Civil, algún tratadista entendió, señala el citado autor, que como no había sido especialmente derogado, subsistía el privilegio concedido por las leyes nuevamente recopiladas a los militares, para usar a su arbitrio de las facultades que les daban las leyes castrenses, la ley civil o la ley municipal, pudiendo, por ejemplo, por ello elegir un fuero cualquiera para disponer de bienes sitos en lugares distintos. A este respecto se citaba una Resolución del año 1790 confirmando la validez de un testamento otorgado por el Marqués de Santa Cruz de Marcenado, en el que, con arreglo a la ley catalana, disponía de bienes sitos en Galicia y Asturias. Pero esta tesis singular no puede resistir los embates de la crítica serena. Como decía muy bien Manresa, no caben ante el Derecho del Código Civil desigualdades en la condición jurídica de las personas, ni otras modificaciones de la personalidad que las que expresa y determinadamente establece el citado Código. - El fondo del testamento, pues, se seguirá rigiendo por la ley común; y solo, por tanto, afectarán las singularidades a la forma" (32). Por tanto le es aplicable al testamento militar el Derecho sucesorio común en todo lo demás, tanto en lo relativo a la capacidad del testador, como al ámbito, validez y límite de las disposiciones, efectos derogatorios, y demás aspectos.

3) Requisitos

A).- Subjetivos.

El carácter de privilegio para la clase militar que en otras épocas el testamento militar tuvo, ha desaparecido en el -

Código Civil, pues este Cuerpo legal no reserva el testamento militar a los que han elegido la carrera de las armas, sino que lo permite también a los "voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército o que sigan a éste y a los - individuos de un ejército que se hallen en país extranjero. (Artículo 716, párrafos I y II) (33).

El fundamento de la institución se halla en la situación de peligro que supone el estar en tiempo de guerra y en campaña. Por lo tanto toda persona que se encuentre en esa comprometida - ocasión, podrá servirse de una forma de disponer de sus bienes por causa de muerte mucho más simplificada y adecuada a las circunstancias, y le estará vedada a quien no corra riesgo, como -- puede ser el militar que esta en retaguardia.

Estan comprendidos en el supuesto los miembros del Ejército, cualquiera que sea su categoría o empleo, situación o escala, Cuerpo o Arma, destino o servicio que presten. Es evidente - que el personal militarizado o movilizado forma parte del Ejército mientras dure la militarización o movilización que le sujeta a la disciplina castrense.

También estan comprendidos en los preceptos los miembros de la Armada, sin perjuicio del testamento marítimo, según resulta claramente del número 2º del artículo 11 de la Ley de 10 de - Noviembre de 1894. Y lo mismo hay que decir de los componentes - del Ejército del Aire.

Los institutos armados -Guardia Civil y Policía Nacional- aunque dependientes de Ministerios civiles, tienen organización militar, pasando en el instante de la declaración del estado de - guerra, a depender del Ministerio del Ejército. Sus miembros son, pues, militares. Por análogas razones lo son los miembros de -- otras fuerzas, como las de Miqueletes y Escuadras de Cataluña.

Los extranjeros encuadrados en el Ejército español, particularmente en la Legión, pueden usar las formas testamentarias españolas según la regla locus regit actum. Además, el párrafo 2º del artículo 716 del Código Civil obliga a que en España se reconozca la validez del testamento militar otorgado por dichos extranjeros fuera de nuestra Patria, incluso en el propio país del testador, aunque, como es natural, no puede imponer su reconocimiento por la ley nacional de éste.

La referencia expresa que el artículo 716 hace a los voluntarios parece en principio una inútil particularización, pues los voluntarios son verdaderos militares que se distinguen de los demás solo por la forma en que ingresan en el Ejército. Pero si tenemos en cuenta que la denominación es más comprensiva que la simple manera de llamar a quienes se incorporan a filas, para hacer el Servicio Militar, por su propia voluntad antes de la edad marcada por la legislación para el reclutamiento forzoso, podemos encontrar una explicación a la referencia del legislador.

En efecto pueden estar incluidos los paisanos, incluso mujeres, que en todas las campañas, se incorporan a los cuadros del Ejército participando en operaciones como guerrilleros, miembros de diversas milicias o forzados por las circunstancias, como sería el caso de la defensa de una plaza sitiada. Si el legislador quería realizar una enumeración lo más completa posible, para actuar con seguridad debía mencionar a esta categoría de combatientes diversos pues no podía correr el riesgo de que la legislación castrense no les otorgase, como así ocurre, una asimilación militar.

Rehenes, concepto hoy día totalmente trasnochado, son -- personas no militares que se dan o se toman a la fuerza para garantizar el cumplimiento de un acuerdo, y prisioneros, es decir militares capturados, son otras personas que pueden otorgar testamento militar y su mención por el legislador significa la posi

bilidad de aplicación de las normas de esta forma testamentaria especial a los extranjeros dado que generalmente unos y otros lo son salvo en el caso de las guerras civiles.

La Sentencia de 10 de Julio de 1944 establece que son -- distintos los conceptos de prisionero y de preso, pero al no señalar en qué consiste la diferencia habremos de acudir a un criterio práctico y a uno lógico. Según el criterio práctico se puede considerar que la diferencia está en el lugar de la detención que impedirá en mayor o menor medida el testar en forma ordinaria; el preso en su establecimiento penitenciario normalmente en retaguardia y casi siempre en lugar donde puede acudir un notario, y el prisionero en un campo de concentración, en zona generalmente más próxima al teatro de operaciones bélicas y siempre en condiciones en las que resulta imposible la comparecencia de un notario. El criterio lógico de diferenciación de estas figuras es el que se desprende del significado de los conceptos.

El prisionero está privado de libertad como medio de evitar que haga armas contra el aprehensor; el preso lo está como -- pena de una acción cometida, --con independencia de que su prisión, sea objetivamente justa o injusta--, o para evitar que llegue a -- cometerla. A diferencia del prisionero el preso no es militar; -- no depende de la autoridad militar, sino de la judicial o gubernativa-- aunque una u otra sean ejercidas por militares--, y por -- tanto, no está especialmente afecto a riesgos bélicos, sin perjuicio de que en cualquier momento llegue a estarlo como cualquier otro miembro de la población civil. Se puede plantear la duda de si el prisionero que después se convierte en preso debe -- seguir gozando del fuero militar. Díez Gomez cree que sí. "No ya porque es difícil decir cuando deja de ser lo uno para convertirse en lo otro, por ejemplo, cuando en el supuesto de guerra civil el prisionero es condenado por rebelde, o cuando lo sea como espía, violador de las leyes de guerra, etc., o por intento de -- evasión; sino porque siendo, como creemos, irrelevante la cali-

dad de la persona, quien sufre prisión que no padecería de no haber caído prisionero, bien puede decirse que se ve impedido de testar en forma ordinaria -conditio sine qua non de la que partimos- a consecuencia de un acontecimiento bélico. Una consecuencia de este criterio será que el prisionero condenado a muerte se encuentra en el caso de poder hacer testamento militar extraordinario. En cambio, el preso, singularmente político, amenazado de muerte por condena, o porque las turbas asalten la prisión, no puede hacerlo, porque el peligro que le amenaza no es de origen bélico, aunque pueda ser originado por las leyes de excepción o el desbordamiento de las pasiones que producen las guerras. De todos modos, hay que matizar: ya hemos dicho que un saboteador o luchador clandestino tiene el concepto de voluntario, por lo que debe ser conceptuado como prisionero y no preso, puesto que su privación de libertad tiene un origen bélico. (34)

Entre los individuos empleados en el Ejército, hay que incluir a todo civil, funcionario, empleado y obrero, sea o no especializado, al personal con consideración militar y al simplemente militarizado que forma parte del Ejército en campaña y percibe sus haberes con cargo a los Presupuestos del Ejército; y también los sabios que sean agregados a la expedición en virtud de una misión del Gobierno y a los plenipotenciarios que acompañan al Ejército para tratar, según las circunstancias con las partes beligerantes. La razón de que esta regla se aplique a estas personas es la misma que en cuanto a los criados "quia eadem pericula experiuntur" (35).

Aclarar quienes sean los individuos que siguen al Ejército es lo que ha ocasionado mayores dudas.

Parece claro que comprende a los que, obtenían un "pase" para seguir al Ejército y ejercer por su cuenta un oficio o profesión. Caso muy análogo y más frecuente, será el de los corresponsales de guerra, observadores de otros Ejércitos o de organismos

mos internacionales -por ejemplo, Cruz Roja, científicos, etc. - También comprende a los familiares de un militar -entendida esta palabra en su sentido amplio, que abarca servidores o criados -- que le acompañen. Que además de voluntaria sea autorizadamente -- puede tener importancia para demostrar en su día el carácter de seguidor, pero no es condición exigida por la ley para el uso -- del fuero.

La nota de permanencia en el seguimiento tampoco es exigida por el Código; por tanto puede ser seguidor del Ejército -- quien lo haga en un momento determinado, como guías, suministradores y demás.

En conclusión, poniendo en contacto el concepto de seguidor como el de rehén, y teniendo en cuenta el significado de la -- palabra "seguir", creo que debe afirmarse que pueden usar el testamento militar cualesquiera personas que compartan, aunque no -- sea por su voluntad, la suerte de una fuerza armada, por ejemplo, los evacuados, cuando la evacuación la haga el Ejército, los sitiados o refugiados.

La consecuencia de este punto de vista, es que tienen -- testamentificación activa militar todas las personas capaces, -- sin necesidad de ningún requisito especial de carácter personal, puesto que el verse impedido de testar en forma ordinaria por -- circunstancias bélicas ya implica el seguimiento forzoso de un -- Ejército, bien sea el propio, que define y protege, bien sea el enemigo, que coarta o suprime la libertad de desplazamiento. --- Ello es conforme al carácter de no privilegio que tiene el testamento militar. Ciertamente, la sentencia de 10 de Julio de --- 1944 utiliza el argumento de la falta del requisito personal de la pretendida testadora, pero ni ésta es la razón fundamental -- del fallo, ni la diferencia entre prisionero y preso se opone a este criterio pues como ya he indicado, viene a significar que -- los presos no están sujetos a los eventos bélicos que posibilitan

el testamento militar. O dicho de otro modo: la enumeración legal es tan amplia que comprende a cualquier persona que se halle en tales circunstancias.

Las circunstancias bélicas que impiden al otorgante testar en forma común. son las que determinan la posibilidad de --- otorgar testamento militar, y nadie va a colocarse intencionadamente en arriesgadas circunstancias en que pueda peligrar la vida para eludir la forma testamentaria común y utilizar la especial, elusión carente por otra parte de utilidad práctica y contrarrestada por la exigencia legal de encontrarse en campaña.

B).- Temporales

El artículo 716 del Código Civil comienza diciendo cuando es posible el testamento militar al hablar de tiempo de guerra.

La frase "en tiempo de guerra" adolece de cierta imprecisión. No es necesario que la guerra conste declarada pues, de admitir lo contrario, llegaríamos a indudables absurdos. Podría presentarse el caso de que una disposición testamentaria, otorgada "en tiempo de guerra" hubiera precedido a la declaración de ésta, y dándose la circunstancia de riesgo real, hubiera de declararse la nulidad del testamento por una cuestión formal.

Por el contrario, si, declarada la guerra, no subsigue la lucha, la disposición testamentaria se ha dado en tiempo que verdaderamente no puede calificarse de "de guerra".

La declaración formal de guerra no puede tener lugar en una civil y el interviniente corre el mismo peligro que en una guerra internacional.

Se ha planteado el problema de si una sublevación interna, que obliga al empleo de fuerzas militares, puede estimarse -- que es caso de guerra. Generalmente hablando no es estado de guerra. Los motines, algaradas, pronunciamientos, y revoluciones de cualquier ciudad no constituyen al país en estado de guerra si -- no adquiere ciertas proporciones como, por ejemplo, las de guerra social, que puede considerarse guerra civil.

Al supuesto extremo de haberse declarado oficialmente la guerra a una potencia extranjera o de participar tropas españolas en una guerra ya declarada se equipara, sin duda, la declaración del estado de guerra hecha en atención a un inminente peligro exterior o interior, sin perjuicio de que la ausencia de -- operaciones lleve consigo la falta del requisito "estar en campaña".

Pero hoy, el ataque por sorpresa proporciona al agresor unas ventajas que han hecho que la declaración de guerra haya -- caído en desuso. En las contiendas civiles no hay previa declaración, y ni siquiera la del estado de guerra se da necesariamente. En estos casos, lo frecuente es que haya una declaración a -- posteriori, bien explícitamente, bien resulte indirectamente de algunas leyes o disposiciones. como las que conceden pensiones, recompensas o indemnizaciones. Pero ni esto es necesario: el -- tiempo de guerra -- como el tiempo de epidemia -- es un hecho notorio, que no requiere una declaración oficial.

En ocasiones no está claro cuando una guerra ha terminado. Unas veces habrá textos oficiales, como la firma de un armisticio, pero en otras nos encontraremos ante una cuestión a resolver en cada caso.

No es facil fijar el límite que separa una guerra civil, e incluso alguna guerra extranjera, de las simples operaciones --

de policía contra partidas de bandoleros, terroristas, rebeldes, o resistentes, más o menos apoyados o dirigidos por una organización frecuentemente establecida fuera del país. Aclarar previamente la cuestión de hecho de si existe verdaderamente una guerra será importante, si interpretamos literalmente el artículo 716, como hacen numerosos autores, para quienes "campaña" y -- "tiempo de guerra" son dos cosas distintas (36).

Otros autores identifican ambos términos mencionados por el Código, es decir el tiempo de guerra y el estar en campaña -- (37).

Personalmente estimo que los dos conceptos están muy -- íntimamente ligados y se complementan pero, en consecuencia han de concurrir ambos para que pueda utilizarse esta forma especial de testamentifacción.

C).- De lugar.

Será por tanto necesaria la concurrencia de un elemento temporal como es que la situación social reinante esté tan gravemente alterada que exista de hecho un estado de guerra. Pero -- aún en ese estado de gravísima anormalidad social es preciso que concorra una circunstancia de lugar; que el otorgante, por su -- situación dentro del emplazamiento de la conflagración o lucha, se encuentre impedido de acudir a notaria y se vea amenazado en su integridad física tan gravemente y de manera tan inmediata que no pueda utilizar la forma común ológrafa, que vimos en su momento requiere unas buenas dosis de cautela para que no peligre su validez.

Esta concurrencia de ambas circunstancias es lógica pues podría ocurrir que aún en tiempo de guerra pudiera encontrarse --

uno de los posibles otorgantes señalados en el artículo 716 alejado del teatro de la lucha y en condiciones de acudir a un notario.

La exigencia conmutativa de las dos circunstancias es -- por otra parte prevista en la Real Orden de 19 de Abril de 1895 que aclarando estas cuestiones señala que "el testamento militar a que se refiere el Código es únicamente aquél que es otorgado -- en tiempo de guerra y estando el testador en campaña o en peli--gro próximo de acciones de aquel orden".

Lo que quizás pudiera considerarse es que siendo tan va--go el concepto tiempo de guerra, no dándose hoy día declaracio--nes formales de guerra y existiendo situaciones como las de gue--rras locales subversivas y otras parecidas, que encontrarían su -- encaje formal en un estado o tiempo de guerra, lo que nos da la esencia de la posibilidad de utilización del testamento militar es el estar en campaña, el estar en campaña bélica, por lo que -- quizás el concepto campaña en relación con la institución que -- vengo estudiando, englobe al concepto tiempo de guerra..

Además de la circunstancia de tiempo ha de concurrir, -- para poder otorgar testamento militar, la de estar el testador -- en campaña, pues de lo contrario la razón de ser de la institu--ción, el fundamento del testamento militar, desaparecería al no haber riesgo de muerte.

Esta exigencia de requisito de lugar es consecuencia de la expresión "en campaña" del artículo 716 del Código Civil cu--ya redacción no puede ser más desafortunada.

Habla de militares en campaña, voluntarios, rehenes, etc", lo que literalmente entendido significa que solo los militares -- precisan estar en campaña para usar del fuero militar. Es posi--

ble que el legislador pensara en los voluntarios, en el sentido de combatientes autónomos puesto que, como ya decíamos en su momento, no cabe pensar que el legislador quisiera aludir a unos militares que no se diferencian de otros sino en su forma de reclutamiento o enrole en los cuadros del Ejército, sino más bien a quienes se ven inmersos en la lucha por las circunstancias, como los habitantes de una ciudad sitiada, a quienes se encuadran en milicias o grupos de resistentes, o a otros combatientes en circunstancias más o menos semejantes, es decir a los individuos que no pueden tener encaje en el artículo 716 sino mientras están en actividad bélica, luchando, pues en otro caso pierden su condición de voluntarios. Solo así podríamos justificar la no referencia a la necesidad de que los voluntarios esten en campaña, ya que por definición siempre están en campaña.

También está justificada la no exigencia de estar en campaña a los rehenes y prisioneros pues tanto unos como otros están privados de la libertad necesaria para testar en forma ordinaria.

Pero lo que no tiene explicación es que el precepto, interpretado literalmente, supone la no exigencia del requisito de estar en campaña a quienes, no siendo militares, esten empleados en el Ejército o le sigan.

Si el privilegio de clase de que gozaban en siglos pasados los militares en materia de testamentifacción quedó tan justificadamente abolido a la publicación del Código Civil, no puede concebirse que el legislador en una época tan favorable a la igualación y a la supresión de privilegios como la codificadora, con iguales caracteres en estos aspectos en todos los países, -- concediera un trato de favor a los empleados en el Ejército o a quienes lo sigan en el sentido de no exigirles el requisito de lugar, de estar en campaña.

El requisito de estar en campaña se exige no solamente a los militares, como de una lectura superficial o de una interpretación literal del artículo 716 pudiera deducirse, sino a las demás personas citadas en dicho artículo. Para estar convencido de ello recordemos las palabras de Martínez Fuset "la redacción del artículo 716 permite llegar a dos conclusiones: una, que -- solo los militares pueden encontrarse en campaña y, por tanto, -- dada esta situación y la anterior de en tiempo de guerra, concurren los elementos precisos para el goce de las formas testamentarias peculiares; otra, que a las demás personas, aforadas o no les basta con el singular requisito de "en tiempo" y uno accidental o vario, constituido por estar empleadas en el ejército o seguir al mismo.

¿Cómo sospechar que el propósito del legislador fuese -- dar facilidades para aquellos que, empleados o siguiendo al Ejército, y atendiendo solo a la situación de en tiempo de guerra -- acudieran a las formalidades testamentarias establecidas como -- excepcionales -- ordinarias, en tanto a los posibles combatientes o en condiciones de estarlo se les condiciona a otorgarlo en campaña?. Imposible, sería de una injusticia desoladora que el temporero, dedicado a la compra de viveres por cuenta del Ramo de Guerra, en retaguardia, pudiese testar militarmente, y el oficial próximo al teatro de operaciones, pero en punto que no rigiese -- el reglamento de campaña, se viera obligado a guardar las formas ordinarias o comunes.

Habríamos llegado a invertir los términos en tal forma -- que al suprimir el carácter privilegiado para los llamados militares lo traspasábamos a los que de una manera más o menos casual, los servían o acompañaban" (38)

Trataré, a continuación, el ámbito territorial del testamento militar. Rige, por aplicación de la regla "locus regit actum" en España, con independencia de la nacionalidad del otor-

gante, y se considera territorio español la zona del país enemigo ocupado por fuerzas propias. El párrafo 2º del artículo 716 -- amplía el ámbito territorial al referirse a fuerzas expedicionarias y su redacción adolece de cierta oscuridad. Creo que dicho párrafo pretende aplicar al testamento autorizado por militar -- en el extranjero la misma regla que a los autorizados por agente diplomático o consular. El legislador con la expresión "individuos de un ejército" ha querido decir "persona a que se refiere el párrafo anterior y con la frase "es aplicable esta disposición" ha pretendido significar que el testamento militar puede -- otorgarse en el extranjero en los mismos casos y circunstancias que en España (39). De lo anterior se deduce que para que los -- individuos de un ejército que se halle en país extranjero puedan otorgar testamento militar se requiere la concurrencia de las -- circunstancias de "tiempo de guerra" y "estar en campaña", y no basta que esten en país extranjero, tanto más cuanto que el artículo 732 y siguientes estan dictados con carácter de generalidad para todos los españoles que testen en el extranjero. Y no -- olvidemos que el testamento militar ha dejado de ser privilegio de clase para convertirse en un testamento especial, de formas -- acomodadas a la situación de los que ponen en peligro sus vidas por defender con las armas a su patria o restablecer el orden -- interior perturbado. Aceptada esta especialidad, no bastará que un ejército se halle en país extranjero. Otro argumento más en -- favor de mi interpretación es que el artículo 1 del Decreto de 25 de Septiembre de 1941 exige que el otorgante esté en campaña para que el Interventor pueda autorizar los instrumentos de los miembros de fuerzas expedicionarias. (40)

Dado que en el extranjero la fe pública corresponde a -- los Consules, podía suscitarse la duda de si es compatible el -- testamento militar en el extranjero y la fórmula prevista en el artículo 734.

Se trata de dos testamentos especiales, como nos señala

el artículo 677 del Código Civil, y por tanto perfectamente compatibles. Será válido un testamento militar otorgado en territorio de la jurisdicción de consul español, pues las circunstancias excepcionales que exige esta forma testamentaria obligan a otorgar le fe pública al funcionario militar ante la imposibilidad de acudir al notario excepcional de primer grado, el cónsul. El testamento militar no puede otorgarse cuando es posible, sin grave dificultad recurrir a la forma ordinaria de testar y podemos considerar que hay dificultad extraordinaria siempre que el notario (o el cónsul, en su caso,) tuvieren motivo de excusa como es el peligro, que supone trasladarse al frente, o siempre que se trate de rehenes o prisioneros.

Ya he señalado en anteriores ocasiones que el testamento militar, ha perdido su carácter de privilegio de clase y está -- prevista su utilización por toda persona que por circunstancias bélicas no pueda sin grandes dificultades, recurrir a la forma ordinaria de testar. Requiere circunstancias personales, es decir, estar incluido en la amplísima fórmula con que comienza el texto del artículo 716 después de señalar la circunstancia de -- tiempo. Y asimismo requiere esta forma especial de testar un requisito genérico de encontrarse en acción bélica, es decir encontrarse en campaña, como circunstancia de lugar.

En algunos otros supuestos concretos además de darse las tres circunstancias señaladas anteriormente, personal, de tiempo y de lugar, se preveen otras circunstancias como la de encontrarse el posible otorgante en expedición militar en el extranjero, enfermo o herido.

Solamente será válido el testamento militar, tratándose de una forma testamentaria especial prevista por el legislador -- precisamente para facilitar la testamentifacción, cuando estas -- circunstancias concurren y dificultan el otorgamiento de las úl-

timas voluntades, precisamente cuando dichas circunstancias existen realmente. Pero puede uno preguntarse fundadamente si la existencia de las circunstancias debe demostrarla quien pretenda su validez o, por el contrario, debe reputarse válido prima facie, -- siempre que haya sido debidamente remitido por el Ministerio de Defensa, sin perjuicio de que su eficacia pueda ser impugnada -- por aquellos a quien perjudique. En definitiva, la cuestión se reduce a determinar sí, en el procedimiento de protocolización, el Juez debe decidir acerca de dichas circunstancias para acceder o denegar la protocolización.

Si bien no lo dice expresamente la Ley de Enjuiciamiento civil, --que dedica a la materia los artículos 1.934 y siguientes--, es práctica indubitada que en el procedimiento deben acreditarse las circunstancias que permiten el uso de una forma testamentaria especial, tales como la inminencia del peligro de --- muerte o la imposibilidad racional de acudir a notario (41), sin lo cual el Juez debe denegar la protocolización. El informe de la autoridad militar de que el testador estaba en campaña o el -- hecho de que, tratándose de fuerzas expedicionarias, el interventor estuviese actuando como notario para otros fines en la misma fecha, serán importantísimos elementos de prueba, pero no pueden vincular al Juez.

Tratándose de testamento cerrado, la solución es menos -- clara. Con arreglo al artículo 716 resulta que la remisión al -- Juez tiene como finalidad que éste proceda a su apertura y posterior protocolización, que, según el artículo 714, es la regulada por los artículos 1.956 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, y este procedimiento no tiene más finalidad que la de la identificación del escrito testamentario, desconocido para el -- notario, pero no acreditar ninguna circunstancia especial. No -- obstante en base al artículo 1.966 de la Ley de Enjuiciamiento -- civil, puede sostenerse que entre las solemnidades prescritas -- por la Ley que el Juez debe examinar si se han guardado, deben

comprenderse las circunstancias que hacen posible el testamento militar. Lo que no ofrece duda es que, en todo caso, queda a --- salvo el derecho de los perjudicados para impugnar la validez --- del testamento militar, por falta de algún requisito, en el juicio ordinario correspondiente.

4) Formas

A).- Testamento ordinario abierto.

Consistirá en la manifestación oral o escrita, convir--- tiendo siempre la primera a la escritura, ante un Oficial que --- tenga por lo menos la categoría de Capitán, ante el Capellán o --- facultativo que asista al testador, si éste se halla enfermo o --- herido, o ante el Jefe que mande el destacamento, y siempre pre--- senciando el acto dos testigos idóneos.

El testamento en esos casos se ha de escribir, porque, - aunque nada declara sobre el particular el artículo 716, así se desprende indudablemente del 718, al ordenar que dicho testamen- to se remita al cuartel general, y éste lo dirigirá al Ministe--- rio de la Guerra. Claro es que el testador ha de dejar autorizada la escritura testamentaria; porque las palabras, por si solas, - no son objeto de remisión alguna, si las ideas que las constitu- yen no se materializan escribiéndolas.

En el supuesto normal el autorizante ha de ser un Oficial que tenga, por lo menos, la categoría de Capitán. No se exige que tenga mando directo sobre el testador, ni siquiera que lo tenga sobre alguna de las unidades que se encuentren en el lugar del - otorgamiento; más, parece indudable que debe estar desempeñando un destino con arreglo al cual pueda encontrarse en el punto don

de se autoriza el testamento, aunque sea en concepto de agregado, en comisión, en recorrido de inspección, etc., sin que sea hábil quien, por ejemplo, esté en dicho punto disfrutando permiso.

El Oficial podrá ser de cualquier Arma o Cuerpo del Ejército pues lo único que es preciso es que tenga ese empleo o esté asimilado a Capitán.

La expresión del Código "por lo menos" me hace pensar -- que lo que el legislador ha querido exigir es que el autorizante tenga como mínimo el rango jerárquico de Capitán. Este creo, es el espíritu de la norma, pues dado que los empleos superiores al de Capitán son ya jefes u oficiales generales una interpretación literal nos llevaría a considerar que solo puede autorizar la disposición de quién sirve en el grueso de un ejército o en una unidad importante del mismo, caso que pudiéramos considerar como normal, un Capitán, lo que restringiría enormemente las posibilidades de otorgamiento del testamento militar cuando precisamente la institución tiene como finalidad dar facilidades para testar a quien está necesitado de ellas por las circunstancias -- en las que se encuentra.

Precisamente por esta razón entiendo que aunque pudiera parecer más correcto que el autorizante fuera persona de grado superior al otorgante, dado que el Código nada dice al respecto y teniendo en cuenta la hermenéutica de la institución, solamente es preciso que el autorizante sea como mínimo Capitán, por -- elevado que sea el rango del testador.

Si el testador está herido o enfermo podrá otorgar el -- testamento ante el Capellán o facultativo que le asista. El legislador está refiriéndose evidentemente al miembro del Cuerpo -- Eclesiástico ya sea profesional, de complemento o asimilado o a quien, sin pertenecer a dicho Cuerpo, realiza permanentemente --

esa espiritual función, pues éste último sería de hecho un auténtico Capellán castrense aunque no lo fuera de derecho. Entiendo que esta facultad es concedida por el legislador al Capellán -- por formar parte del Ejército, por lo que no habría ningún inconveniente en considerar como autorizante válido al Sacerdote que, en caso de conflicto bélico, es movilizado o se incluye voluntariamente en los cuadros del Ejército. Pese a la finalidad práctica perseguida por la institución del testamento militar, creo no debe darse al término Capellán la acepción general de equivalente a ministro eclesiástico que asiste al enfermo o al herido, -- que puede no estar encuadrado en las filas del ejército, como sería un Sacerdote que se encontrara en el lugar donde el testador que, en tiempo de guerra y dentro de una campaña militar, quisiera testar, y no hubiera sido movilizado dicho Sacerdote por cualquier circunstancia. Tengo en cuenta para pensar de esta manera que el supuesto del artículo 716, dentro de los distintos supuestos en que el testamento militar puede otorgarse, es un supuesto de relativa normalidad, dentro de las extraordinarias y anormales circunstancias que exige siempre el testamento militar para poder validamente otorgarse. Esta relativa normalidad la deduzco de que en su enfermedad, se encuentra el posible otorgante asistido tanto corporal como espiritualmente, lo que no ocurrirá en muchas situaciones en que, dentro de una actividad bélica, un combatiente quiera testar. Y en esa relativa normalidad siempre habrá cerca alguien que tenga por lo menos la categoría de Capitán y si no la hubiera y existiera un evidente riesgo de muerte, siempre podría acudir a las formas testamentarias del 720 y del 700.

También puede otorgarse ante el facultativo que asista al otorgante, y si son varios cualquiera de ellos será hábil. En contra del criterio de algún autor, como Diez Gomez (42) quien considera que llegado el caso puede autorizar un simple enfermero, creo que solo es facultativo quien tenga un título de tal, -- normalmente médico y solamente en su defecto y forzando extensiva

mente el texto legal, un Ayudante Técnico Sanitario, con título de tal.

El liberalismo del legislador, al que luego haré referencia, no debe hacer olvidar que nos encontramos ante una forma de testar especial que no habrá de interpretarse extensiva y analógicamente como nos recuerda la Sentencia de 10 de Julio de 1944. Dicha sentencia desarrolla el concepto de testamento especial, - y el criterio restrictivo con que debe utilizarse, al decir que "si bien la ley, para proveer a necesidades extraordinarias, establece formas especiales y simplificadas mediante las que se facilita la expresión de la última voluntad a ciertas personas y - en determinadas circunstancias, el uso de tales formas está subordinado a la concurrencia de los supuestos y requisitos previos para cada una de ellas, sin que sea lícito sustituir unas - por otras en virtud de la aplicación de pretendidos criterios -- de analogía"; añadiendo que "esta norma general restrictiva veda de un modo singular extender el ámbito propio de aquellas formas testamentarias especialmente peligrosas... que nuestra ley solo admite con carácter provisional y en casos taxativos, las cuales responden a finalidades limitadísimas, que no es dable ampliar".

El liberalismo con que está redactado nuestro Código es un acierto, pues garantiza la finalidad de esta institución testamentaria. Otros textos extranjeros exigen para la autenticación grados superiores, o concurso doble de jefes, y luego acababan por aplicar, en determinados casos, la fórmula española. El militar llamado para recibir las disposiciones de última voluntad tiene el carácter de un testigo, de mayor excepción si se desea, si bien cuando autentica los actos de quienes reclaman esa especial misión, su fe, que es humana, se eleva a la categoría de pública y por tanto merece la creencia de los demás hombres y, como la notarial, está llamada a producir iguales efectos legales. Digo esto por que en los testamentos, el hecho jurídico lo produce exclusivamente el otorgante, y las cooperacio-

nes del autorizante y cuantos intervienen con él son de naturaleza externa, ya con el carácter de solemnidad, ya simplemente con el de prueba, según las variadas formas que revista.

Establecida en la Constitución Española de 1978 la aconfesionalidad del Estado y la consideración que los poderes públicos tendrán por todas las creencias religiosas (43), ha de estimarse como algo futuro pero cierto, la existencia de Capellanes de otras confesiones distintas de la católica, que puedan autorizar testamentos militares de los no católicos a que asistieren, pues en otro caso en las excepcionales circunstancias en que esta forma testamentaria se puede otorgar, los no católicos se encontrarían en una situación de inferioridad respecto a quienes lo sean.

El artículo 716 establece junto al principio general de que el autorizante sea un Oficial con categoría al menos de Capitán y las excepciones del Capellán y el facultativo, la posibilidad de que, si el testador se encuentra prestando servicio en un destacamento, lo otorgue ante quien mande las fuerzas destacadas aunque sea subalterno.

El Proyecto del Código Civil de 1851 exigía que esta clase de testamento se otorgara necesariamente ante un Oficial, en todo caso. El texto vigente autoriza al militar que se halle en destacamento para que otorgue testamento ante el jefe del mismo cualquiera que fuere su graduación.

Destacamento es toda tropa más o menos numerosa, separada eventual y temporalmente de su unidad o núcleo táctico, con un encargo especial o secundario y por lo regular independiente; un batallón destaca una compañía, como una división destaca un batallón, y un ejército una brigada o una división entera. Destacar es separar, segregar. El destacamento habrá de estar aislado

aunque no tiene por que estar incomunicado. La exigencia de aislamiento es lógica si tenemos en cuenta que este supuesto es una excepción a la regla general del testamento militar ordinario —abierto del 716, consistente en que se otorgue ante un Oficial al menos con categoría de Capitán. Si el destacamento estuviera en constante contacto con la unidad o núcleo táctico a que pertenece, habría posibilidad de que el otorgante teste ante dicho oficial lo que, al ser la regla general y tener por tanto preferencia, habría de hacer.

Autorizante del testamento otorgado en destacamento será quien lo mande aunque sea subalterno, entendiéndose por tal quien —tenga categoría inferior a Capitán, aunque no sea Alférez, ni Teniente, que son los subalternos en estricto sentido militar, que no es el empleado por el Código. El autorizante ha de mandar el destacamento, esto es, ha de mandar el total de la fuerza destacada.

Algunos autores extranjeros (44) y entre nosotros Martínez Fuset (45) han analizado si un notario civil incorporado a las filas del ejército puede autorizar testamentos militares. —Diez Gómez (46) estima muy razonablemente que la cuestión es muy clara en nuestro derecho. Si es competente por razón del territorio puede actuar como tal notario, autorizando testamentos ordinarios conforme al Derecho Común, porque el hecho de la movilización no le priva por si de su carácter. Si no lo es, donde está ya no es notario, sino militar, y sólo como tal podrá recibirlo, en su caso. La única diferencia podría consistir en la responsabilidad civil; ya que tiene unos conocimientos técnicos superiores a los que son exigibles en los demás Oficiales.

Una cuestión digna de resaltarse, aunque sea de pasada —es que el Interventor Militar a quien el Decreto de 25 de Septiembre de 1941 otorga la fe pública notarial en su más amplio —sentido respecto de las fuerzas expedicionarias (artículo 1), pu

diendo autorizar como notario instrumentos intervivos e incluso donaciones mortis causa, no puede autorizar testamentos abiertos como tal Interventor, sino solo como Oficial, al no ser aplicable dicho Decreto a los testamentos; lo cual resulta un tanto paradójico.

En cuanto a las solemnidades es tan conciso el artículo 716 que pueden suscitarse multitud de cuestiones. Al baladejo al resaltar que las solemnidades del testamento no las especifica la ley, precisa que "según la opinión común, debe seguirse la pauta del otorgamiento del notarial abierto, en la medida de lo posible. Pero según otra opinión, el Código ha suprimido intencionadamente del artículo 716 toda referencia (que si existía en sus precedentes legislativos) a que se observase en el otorgamiento lo prevenido para el notarial abierto. Entonces bastaría exigir solamente lo imprescindible para la certeza de la última voluntad del testador. De cualquier modo la materia es polémica." (47)

Me inclino a pensar, con la doctrina dominante, que además de la exigencia de que se consigne por escrito, en lo que hay unanimidad doctrinal, pues se desprende claramente al poner en relación el artículo 716 con el 718, según veíamos en su momento, ha de observarse en el otorgamiento de este testamento militar ordinario abierto, en la medida en que las circunstancias excepcionales de su formación lo permitan, las prevenciones establecidas para el testamento abierto común en los artículos 694 y 699, incluso el requisito de la unidad de acto.

Entre las prevenciones que deben observarse destaca la expresión de la fecha. Si la Ley autoriza el testamento militar solamente en el caso de que se den determinadas circunstancias excepcionales, será necesario saber la fecha del otorgamiento para tener certeza de que dichas circunstancias concurrían. En este sentido se manifiesta Aubry: "es una formalidad sustancial

para todos los actos auténticos, que se hace indispensable, sobre todo, cuando se trata de testamentos privilegiados, puesto que es la única manera de comprobar, de un modo regular y oficial, que tales testamentos han sido otorgados en las circunstancias excepcionales en que la Ley los autoriza (48).

El último párrafo del 716 dice que en todos los casos del mismo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos. Ahora bien, como dice Albaladejo "... parece claro que el término idóneos que utiliza ese artículo: O simplemente significa reunir unas mínimas condiciones (no especificadas) de aptitud para el caso, o si es que la Ley lo usa en la acepción del artículo 618 y siguientes (que aunque no usan el término, precisan las condiciones de concepto), por lo menos los requisitos de la idoneidad no serán todos los que se exigen para la de los testigos de los testamentos comunes. También la materia es polémica. De cualquier modo parece claro que lo que no cabe exigir es que el testigo esté domiciliado en el lugar del otorgamiento (como pide el artículo 681, segundo)" (49).

El artículo 716 se refiere en su párrafo segundo al supuesto de otorgarse el testamento en país extranjero. Parece que en este caso rige el principio general de la no exigencia de la condición del domicilio en los testigos de los testamentos hechos en país extranjero que establece el 734.

La exigencia de la domiciliación de los testigos en el lugar del otorgamiento equivaldría a impedir a los militares, en las circunstancias señaladas en el 716, el uso de la forma testamentaria especial prevista en el mismo como testamento militar ordinario abierto. Si las tropas se encontraran siempre acantonadas en población cuyos vecinos o domiciliados pudieran servir de testigos para los testamentos, que en las circunstancias previstas legalmente otorgasen los componentes de dichas tropas, no habría razón alguna para no exigir el requisito de la domiciliación

de los testigos. Pero lo más normal es que el ejército se encuentre en despoblado, y alejado de un pueblo o lugar cuyos vecinos pudieran ser testigos. Por tanto en la mayoría de los supuestos de la forma testamentaria que analizo, los testigos forzosamente han de ser elegidos de entre los individuos que forman el ejército o que siguen a éste en los que, formando parte de las fuerzas destacadas o acampadas, no concurrirá la domiciliación en el lugar del otorgamiento. Y esto no podrá remediarse acudiendo al empleo de la otra forma de testar del artículo 720, para casos de peligro inminente de una acción de guerra, batalla, asalto o combate, en cuyo precepto nada se dice respecto a la idoneidad de los dos testigos que han de intervenir en el testamento, porque pueden perfectamente no darse, en el caso supuesto, esas situaciones de mayor peligro y de inminencia de sucesos que comprometan la vida del militar.

El número séptimo del artículo 681 del Código Civil declara incapaces para ser testigos de los testamentos a determinadas personas vinculadas con el notario autorizante. Los ordenanzas, escribientes o ayudantes del militar autorizante no pueden ser equiparados sin más a los oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados del notario, pues la relación que une a unos con el militar autorizante no es la misma, ni en intensidad ni en permanencia, que la que une a los otros con el notario.

Decíamos que, en materia de solemnidades, se había de seguir en el otorgamiento del testamento militar del 716, en lo posible, las reglas previstas en los artículos 694 y siguientes para los testamentos comunes abiertos. Precisamente el primero de dichos artículos establece que los testigos vean y entiendan al testador, lo que es perfectamente predicable del testamento militar ordinario abierto, y que uno de ellos al menos sepa y pueda escribir. Poniendo en relación el 694 con el 716 en lo relativo a la firma del testamento por el otorgante y los testigos, de la que nada dice este último artículo, y considerando que quien sa-

be escribir sabe firmar, podría preguntarse uno si en el testamento militar ordinario abierto también deberá saber uno de los testigos firmar. Martinez Fuset, sin duda relacionando el 716 - con el 694, entiende que uno de los testigos ha de saber firmar (50). A este respecto Diez Gómez dice que ".... este criterio no parece tan seguro, puesto que precisamente en materia de testigos es donde el testamento militar se separa más del común, y al exigir el artículo 716 la presencia de dos testigos y que estos sean idóneos, sin hacer referencia a que sepan firmar, la regla "inclusus unius exclusus alterius" nos lleva a estimar no imprescindible este requisito. En cambio, si el testador no puede firmar si será necesario, para dar cumplimiento al párrafo 2º, - del artículo 695, que, como referente a las formalidades del testamento abierto común, es de aplicación en el militar, que un --- testigo u otra persona lo firme". (51)

El testamento notarial por excelencia es el testamento - abierto pues en él se lleva a cabo no solamente la función autenticadora del notario sino también la otra función que en nuestro derecho caracteriza la figura, es decir, la función asesora como profesional del derecho. Del mal desempeño de esta función asesora puede originarse para el notario una responsabilidad. El militar autorizante del testamento militar previsto en el artículo - 716 del Código Civil interviene autenticando un testamento abierto, pero no es un profesional del derecho, por lo que si no acierta en la redacción de las cláusulas testamentarias adecuando la voluntad del testador a la Ley, o no lleva a cabo esa redacción con fórmulas claras que demuestren palmariamente que el testador tenía serio propósito de testar, como se exige conste claramente en todos los testamentos especiales, su responsabilidad por culpa o negligencia inexcusable de que, además de dolo, puede proceder, debe ser apreciada de manera muy atenuada y diferente a - aquella en que puede incurrir un notario. Por esa preparación en conocimientos jurídicos que permitirá cumplir en alguna medida - la labor de asesoramiento, la responsabilidad cuando el autori--

zante sea un jurídico militar o un interventor militar podrá estar cerca de la que pueda exigirse a un notario, alejándose de ésta a medida que pueda objetivamente presumirse una inexperiencia en cuestiones de derecho de sucesiones hasta llegar a la no exigencia de responsabilidad alguna, salvo en caso de conducta dolosa, en un supuesto en que, por ejemplo, el autorizante fuera un sargento o cabo.

El artículo 718 persigue como objetivo el asegurar la efectividad de las disposiciones testamentarias evitando abusos y falsedades.

En sus dos primeros párrafos establece cual es el curso que ha de seguir el testamento militar ordinario abierto.

Con esa finalidad de aseguramiento en el primer párrafo se adopta una medida semejante en la del artículo 711 respecto del testamento cerrado y se toman las medidas más eficaces para la conservación y custodia de dichos testamentos, pues, desde el momento en que el testamento otorgado por un militar en campaña se eleva al Ministerio de Defensa para su guarda, se da al testador la mayor garantía que puede darse de la buena custodia y de que, en caso de fallecimiento, ha de cumplirse estrictamente su última voluntad. Como fácilmente se comprende la obligación de remitir el testamento al cuartel general correspondiente, pesa sobre el oficial que hubiere intervenido en su otorgamiento, y, en su caso, sobre la persona en que cuyo poder obre.

Es conveniente que no se expongan las disposiciones testamentarias a las contingencias que pueden sobrevenir a los individuos de un ejército en campaña, y por eso se exige el depósito de ellas en el Ministerio de Defensa, para que, ocurrido el fallecimiento, se facilite su cumplimiento; no siendo la intervención del cuartel general más que la de intermediario entre el presentante y el indicado centro, en el cual han de conservarse

hasta la muerte de los otorgantes. Podrá, a lo sumo, discutirse si deberá quedar hasta dicha ocasión en poder de la persona a quien el testador encomendara la guarda cuando no forme parte -- del ejército en campaña: pero aún en ese caso, y aunque se adoptara la solución más favorable al depositario, indudablemente -- vendría este obligado a la presentación tan pronto como se tuviere noticia de la defunción, para que se diera cumplimiento a las demás prescripciones de este artículo, encaminadas a procurar la efectividad y cumplimiento de la última voluntad del finado.

Las mismas razones que aconsejan dicho depósito demuestran también la conveniencia de que se lleve a efecto a la mayor brevedad posible lo que se ordena en este artículo, a fin de evitar extravíos y falsedades, tan fáciles en esta clase de testamentos, por lo mismo que la especialidad y perentoriedad de las circunstancias en que se otorgan, no consienten la adopción de -- las precauciones ordinarias establecidas para los testamentos -- comunes. Téngase en cuenta que el precepto que comento no dice -- que la remisión del testamento se haga inmediatamente después de otorgado, sino con la posible brevedad, y estos mismos términos demuestran que la disposición citada no se refiere solo a los casos en que el testamento quede en poder del Oficial o Comisario que intervenga en su otorgamiento, pues en ese caso hubiera preceptuado que inmediatamente se remitirán, sino que es extensiva además a los casos en que quedare en poder del testador o de una tercera persona a quien aquél encomendara la guarda, que son a los que puede contraerse únicamente los términos de posible -- brevedad usados en dicha disposición. En su virtud, si el testamento quedó en poder del otorgante y falleció antes de que él -- lo remitiera al cuartel general, deberá hacerse dicha remisión -- tan pronto como fuere hallado, y si obrare en poder de tercera -- persona, en seguida que ésta tenga noticia del fallecimiento, para que por el Ministerio de Defensa pueda ordenarse lo procedente de conformidad al párrafo segundo de este artículo.

La medida de cautela en evitación de pérdidas y falsificaciones que el artículo 718 encierra no va acompañada de sanciones que en otros artículos del Código, en normas como la del artículo 690 y la del 712, se recogen, sin duda por considerar el legislador que las extraordinarias circunstancias en que el testamento militar se puede otorgar impide establecer unas responsabilidades rigurosas semejantes a las que se preven para ocasiones muy distintas.

Esto no significa que la omisión del deber de conservación y remisión esté exenta de responsabilidad, puesto que siempre quedaría sujeto el que en dicha falta incurriese, a la sanción del artículo 1.902, si por ello se ocasionase algún daño a los interesados en el testamento, y aún en su caso podría haber lugar a la responsabilidad penal correspondiente.

Si se trata de testamento otorgado por un prisionero español en poder del enemigo, no parece imposible su remisión al Ministerio español a través de los órganos internacionales adecuados, normalmente la Cruz Roja o, quizá una representación diplomática neutral. Fuera de estos casos, será lógico que el autorizante demore su envío hasta haber obtenido la libertad. El testamento de un prisionero extranjero seguirá los mismos trámites que el de un súbdito español, aunque el Juez competente será siempre el Decano de Madrid, puesto que el otorgante carecerá de domicilio en territorio español.

Tampoco se dice qué debe hacer el Ministerio con el testamento mientras el testador no fallezca; pero no hay duda de que debe conservarlo no ya hasta cuatro meses después de terminada la campaña, sino durante todo el tiempo necesario para asegurarse de que el testador no ha muerto dentro del plazo de eficacia del testamento.

La noticia del fallecimiento del testador la recibirán - en el Ministerio de Defensa por los partes de baja debidamente - acreditados que desde el cuartel general se remitan a dicho Centro, que serán suficientes para proceder a la aplicación del -- apartado segundo de nuestro artículo 718, o sea para remitir el Ministerio referido al Juez del último domicilio del testador el testamento; porque sería exigencia excesiva y además de imposible observancia la que obligase a acreditar dicho fallecimiento por - medio de certificación del Registro civil respectivo.

Difícil será averiguar el último domicilio del difunto, - si éste no lo dejó manifestado en el testamento abierto, o si no resulta de la documentación que respecto al fallecido exista en el Ministerio de Defensa. Para los casos en que esto no ocurra, indica el artículo que deberá de dirigirse al Juez Decano de los de Madrid, quien de oficio citará a los herederos y demás interesados en la sucesión. Ese verbo citar empleado en el modo singular, debió serlo en plural, porque tal citación, según el espíritu de dicho artículo, han de practicarla tanto el Juez del --- último domicilio del difunto como el expresado Decano en su respectivo caso. Esa competencia atribuida, al Juez Decano de Madrid o al del último domicilio del difunto, representa una excepción al principio general formulado en el número 22 del artículo 63 - de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual, en las diligencias para elevar a escritura pública los testamentos escritos -- sin intervención de notario y en las que hayan de practicarse para la apertura de los testamentos cerrados, será Juez competente el del lugar en que se hubiere otorgado respectivamente dichos - documentos; porque es de suponer que ante esos Jueces, a quienes ha de remitir el Ministerio de Defensa el testamento militar, se han de instruir los oportunos expedientes de elevación a escritura pública y apertura. No hay en todo el artículo 718 la más - pequeña indicación de que el Juez del último domicilio del difunto o el Decano, de los de Madrid concluyan su actuación después que hayan ordenado la citación de los herederos y demás interesa

dos en la herencia, y deban trasladarse las diligencias testamentarias al Juez cuya competencia declara la Ley procesal civil en su citado artículo 63. El expresado apartado 3º hace, si, referencia a aquella ley; pero solamente para la práctica de las diligencias de jurisdicción voluntaria antes indicadas, tanto en lo que se refiere al testamento militar abierto como al cerrado. Aunque hay un punto de partida conocido para determinar la competencia según la Ley de Enjuiciamiento civil, cual es el lugar del otorgamiento de la última voluntad, por cuyo motivo pudiera corresponder al Juez del partido donde esté enclavado el campamento o punto en que testó el militar y demás que siguen o acompañan al ejército, siempre que ambos se hallen en territorio español, el sentido de todo el artículo 718 no autoriza esta interpretación, que además sería de imposible práctica cuando el testamento se hubiere otorgado hallándose las fuerzas militares españolas en territorio de otra Nación.

El párrafo segundo del artículo 718 recoge el concepto de domicilio para determinar el Juez al que el Ministerio deberá remitir el testamento. Para saber qué se entiende por domicilio habremos de acudir, tratándose de una cuestión de derecho sustantivo, al Código Civil que en su artículo 40 señala que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual; es decir que en cuestiones sustantivas el domicilio es este lugar, y solamente, entiendo en aspectos procesales o adjetivos tendrá intervención en la fijación una ley de este carácter como la de Enjuiciamiento Civil.

El testamento militar, vengo insistiendo, ha sido previsto por el legislador con la mira puesta en facilitar la testamentación a quienes si no se les dan facilidades no podrían disponer de sus últimas voluntades por las extraordinarias circunstancias en que se encuentran. Este es el espíritu que preside toda la institución testamentaria especial por mí analizada, y precisamente esa idea inspiradora impide acoger el concepto legal de domicilio a que se refiere para los militares el artículo 68

de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dicho artículo declara que el domicilio legal de los militares en activo servicio será el del pueblo en que se hallare el Cuerpo a que pertenezcan cuando se hiciere el emplazamiento. A esta clase de domicilio legal no puede referirse nuestro artículo 718, porque aparte de que el artículo 68 habla a los efectos procesales de la incoación de un juicio, si se refiriera a dicho domicilio legal no aludiría al último que tuvo el testador. Creo que con esa frase "último domicilio que tuvo el difunto", se alude al que éste gozaba antes de salir a campaña. Por otra parte, con mucha mayor facilidad y eficacia citará a los herederos e interesados en la herencia, el Juez de la última residencia habitual del testador antes de salir a campaña: En ese lugar debe suponerse que han de hallarse, por regla general, dichos herederos e interesados, a quienes, por tanto, sería más factible citar en persona. Los vínculos creados en la familia y las amistades adquiridas durante la convivencia social en el lugar de nacimiento, en el que se haya pasado el mayor tiempo de la vida, o en el que se lograron y conservaron muy indisolubles relaciones en todos los órdenes de la actividad humana, ideas que implican todas las de residencia habitual, domicilio fijo, creo que son preferidas por el legislador en el particular de que trato, a la consideración accesoria de haber residido accidentalmente el militar en uno de los puntos recorridos por el ejército a que perteneciera.

Si el testamento es abierto, deberá citarse de oficio a los herederos y demás interesados en él para que soliciten la elevación a escritura pública. Se deberá proceder en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento civil en cuanto fuere compatible y se protocolizaran los testamentos con arreglo a lo prevenido en dicha Ley.

A los herederos e interesados en la herencia, al citárseles no se hace más que ponerles en condiciones de pedir por sí

solos esa elevación a escritura pública del testamento, si es que voluntariamente quieren tomar tal iniciativa, porque si no la autoridad judicial terminará su cometido después que se practique - la citación acordada, sin que de oficio pueda hacer ninguna otra cosa más.

A dichos interesados se les cita para que sepan que les - ha sido reconocida esa condición por el testador, lo que de otro modo ignorarían, a fin de que después procedan como bien les pa rezca y convenga. A tales efectos habrá que considerar como inte resados en el testamento abierto, y, por lo tanto, como persona- lidad legítima para acudir ante el Juez que haya de instruir el expediente de jurisdicción voluntaria, al que hubiere recibido - en el testamento cualquier encargo del testador, según el número 2º del artículo 1.944 de la Ley Procesal Civil.

En la fase de protocolización ha de tenerse en cuenta -- que el testamento siempre se presentará escrito; y en él habrán de reconocer sus firmas, tanto los dos testigos que asistieron - a su confección, como el Capitán, Facultativo, Capellán o Jefe - del destacamento que autoriza el otorgamiento. El Juez expedirá el oportuno exhorto a la autoridad militar respectiva si el Ejér cito se halla todavía en campaña, o al Juzgado correspondiente - si ha cesado la guerra, en cuyo exhorto se incluirá el testamen- to para que puedan reconocer dichas personas las firmas que en - el mismo hayan estampado, y para que además sean examinadas por el contexto de la disposición testamentaria, a fin de que digan si es la misma que se otorgó ante ellos y si tienen por legíti- mas sus respectivas firmas y rúbricas.

La incorporación a uno u otro protocolo notarial es un - tema que carece de trascendencia pues normalmente el testador, - en las circunstancias en que se otorga el testamento militar, no hará constar su deseo de que se incorpore al protocolo de un de- terminado notario. Por ello el Juez que haya instruido las dili- gencias de jurisdicción voluntaria, acordará la protocolización

en los libros del notario de la cabeza del partido judicial o -- del que tenga a bien designar entre varios cuando existan. Pero si por casualidad el testador hubiera designado el archivo notarial a que debía quedar incorporado su testamento, no hay razón para que no se respete su voluntad, criterio que mantiene Mucius Scaevola (52), aunque no sea muy compartido. Me inclina a pensar de esta manera la consideración de que lo importante es la inter vención y aprobación de la autoridad judicial que confiere a estos testamentos su carácter de documento auténtico, la cual está designada por el legislador, y la creencia de que el testamento abierto militar no encuentra su perfecto encaje en el título VI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que su -- artículo 1.955 no deberá primar sobre la voluntad expresa del -- testador versando ésta sobre una cuestión que no desvirtua la -- esencia de la disposición testamentaria.

Los testamentos mencionados en el artículo 716 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en cam paña, dice el artículo 719.

El legislador, con una total falta de sistemática, pues la norma del artículo 719 debía de haberse insertado dentro del artículo 716, como una aclaración que se incluyera en un apartado más, y no después del 718 referente ya no solamente al testamento militar abierto del 716 sino también al cerrado del 717, ha reco gido un criterio análogo al del artículo 703 fijando un plazo, -- relativamente corto, para la subsistencia del testamento especial cuando ha cesado la anormalidad a que debe su origen.

Los testamentos abiertos que en tiempo de guerra y du-- rante la campaña pueden otorgar los militares, voluntarios, rehe nes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército o -- que sigan a éste, son condicionales, como todas las formas privi legiadas de testar, introducidas solo en consideración a circuns tancias anormales: Desaparecidas éstas, cesa asimismo la razón -- de ser de aquellas. Si concluyó la epidemia, si ha pasado el pe--

ligro inminente de muerte sin que ésta sobreviniera, si el militar vuelve a la misma situación de normalidad que todos los demás ciudadanos, deja ya de tener justificación el privilegio.

El testamento militar ordinario abierto caduca cuatro meses después de que el testador haya dejado de estar en campaña -- es decir, desde que desapareció la imposibilidad de testar en -- forma notarial. Para que tal cosa ocurra, el cese de la situa-- ción de imposibilidad debe tener carácter permanente, de modo -- que, por ejemplo, un breve permiso de algunas horas en un pueblo donde haya notario no supone el comienzo del cómputo de los cua-- tro meses. La vuelta a la situación en que el testamento militar es posible, antes de transcurrido el plazo de caducidad, deja -- sin efecto el tiempo transcurrido y hay que volver a empezar el cómputo siempre que esa vuelta lo sea a una situación permanente, no, por ejemplo, si se trata de una mera visita al frente, por-- que como el día del vencimiento del plazo ya no puede llegar, el testamento conserva todo el vigor y eficacia que tenía cuando se otorgó. Los testamentos que obren en el Ministerio una vez cadu-- cados deberán ser entregados al testador o al Juez, si aquél hu-- biere fallecido, pero no serán destruidos pues de ello pudieran derivarse responsabilidades.

El plazo de caducidad tiene como objeto restringir lo ex-- ceptional a los casos en que sea absolutamente indispensable pa-- ra que reglas temporales no se conviertan en fórmulas a las que siempre se pueda acudir. Una vez finalizadas las situaciones ex-- cepcionales en que el testamento militar se otorga, recuperan su vigencia las formas testamentarias ordinarias. Pero puede ocu-- rrir que antes de haber transcurrido el plazo de vigencia del -- testamento militar el otorgante se vuelva loco y en este estado muera. Aplicando el artículo 719, pues donde el legislador no -- distingue nosotros no debemos distinguir, llegamos al abintesta-- do que es lo que el legislador ha tratado de evitar al introdu-- cir en el Código el testamento militar. Por ello creo, de acuer--

do con Perez Ardá, que la solución al problema no se encuentra -- en el artículo citado ya que nos encontramos ante un caso no comprendido en la Ley, que habrá de resolverse con los principios -- generales del Derecho.

"El fundamento de las disposiciones excepcionales del -- Código --dice el citado autor (53)-- es evitar que mueran intesta-- das personas por imposibilidad de observar el ritualismo acostumbrado, y la regla de caducidad se basa en que, pasadas las cir-- cunstancias anormales, el sujeto puede testar con sujeción a las reglas ordinarias. La imposibilidad de que el loco teste es un -- dictado de la lógica y es principio de justicia sancionado en -- multitud de Sentencias del Tribunal Supremo el que donde hay --- igual razón debe haber igual disposición".

No dice el Código qué ocurre si el testador muere en campaña, es decir, durante el tiempo de validez del testamento. Como por dejar de estar en campaña hay que entender poder testar en -- forma notarial, no cabe hablar de cese de la situación de campa-- ña por fallecimiento, y como no se pueden aplicar por analogía -- los plazos para la elevación a público que se señalan con ocasión de los testamentos ológrafos, en inminente peligro de muerte y -- en tiempo de epidemia, puesto que, a diferencia de éstos, el testamento militar es público, en cuanto que lo autoriza un funciona-- rio, hay que entender que, aunque el párrafo 2º del artículo 718 recomienda la mayor rapidez, no hay límite de tiempo para obtener la protocolización, aunque cuanto más se tarde en instar más di-- ficil será obtenerla, por la desaparición del otorgante, los testigos y demás acaecimientos posibles.

El plazo de caducidad ha de referirse concreta e indivi-- dualizadamente a cada testador y a su correspondiente testamento militar ordinario abierto. No ha de servir en todas ocasiones de punto de partida para el cómputo de ese tiempo la declaración --

del fin de la guerra o de la campaña: como sucede tratándose de los testamentos otorgados en período de epidemia respecto de — ésta. Bien puede seguir la guerra y continuar acampado el ejército; y, no obstante, alguna unidad o algún militar o equiparado, recibir la orden o la autorización para retirarse a un lugar que no se vea afectado por las acciones bélicas, o a sus mismas causas por lo que, recuperadas sus condiciones ordinarias de vida, deberán asimismo adoptar las formas ordinarias de testar.

La dejación de la campaña es un extremo que en su día y oportunidad podrá acreditarse de diversas maneras: por medio de testigos, con la orden escrita individual de retiro que se da a cada oficial, Jefe o individuo que forme parte o siga al ejército, o con certificación expedida por el encargado o funcionario correspondiente del Cuartel General o del Ministerio de Defensa, relativa al acuerdo de retirada de todo o parte de un ejército del campamento en que opera. Es, por tanto, cuestión de mero hecho que habrán de decidir los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, si se formulara acción de nulidad contra un determinado testamento militar.

B).— Testamento ordinario cerrado.

Ya ha quedado suficientemente claro que las formas testamentarias especiales para los militares y quienes a estos efectos quedan equiparados, no constituyen un privilegio de clase sino — unas normas basadas en la excepcionalidad de las circunstancias en que el testamento se otorga. Por ello cuando no se dan esas — situaciones excepcionales, los militares han de sujetarse a las prescripciones comunes, rigiendo para ello las tres formas establecidas para todos los testamentos comunes, o sea el ológrafo, el abierto y el cerrado, con las modalidades especiales del segundo para el caso de epidemia o de inminente peligro de muerte que no provenga de acción de guerra.

Dándose las circunstancias extraordinarias de encontrarse los militares y asimilados en tiempo de guerra y en campaña, el legislador distingue que los militares se encuentran fuera de peligro inminente de acción de guerra o, por el contrario, en acción de guerra o en peligro próximo de una acción de tal clase.

Cuando existe la relativa tranquilidad de no haber peligro inminente de acción de guerra, el legislador admite, junto a la forma testamentaria abierta del 716, el testamento militar ordinario cerrado del artículo 717 que representa una novedad en nuestro derecho positivo, ya que carece de antecedentes al no ser incluido en el Proyecto de Código de 1851 ni en el de 1882.

Esta disposición presupone que muy tanquila ha de ser la situación del militar o del que a él se equipare, para los efectos testamentarios, si han de cumplirse todos los requisitos de los artículos 706 y siguientes del Código, porque la única excepcionalidad que introduce el artículo 717 es en cuanto a la persona que haya de ejercer la función notarial. En lo demás, habrá de acudirse a las prescripciones pertinentes de la Sección sexta anterior.

La mayor parte de las veces se empleará esa forma de testar porque el testador tenga ya escrito de antemano el proyecto de su última voluntad, precisando solamente del Comisario de guerra y testigos para la formalización de aquélla, en la manera que dispone el artículo 717. Esto no quiere decir que las necesidades de la campaña no puedan dejar tiempo y reflexión suficiente para meditar la redacción del que ha de ser testamento cerrado, porque el artículo 717 alude, no solo a las personas, sino también a las ocasiones determinadas en el artículo anterior, como señalaré seguidamente.

Más que un testamento especial en sí, lo es por la especialidad del funcionario depositario de la fe pública. Las otras tres clases de testamento militar se caracterizan por la ausen-

cia de un fedatario que los autorice, y por la simplificación de las solemnidades y requisitos del acto. Por el contrario en el testamento militar ordinario cerrado, ni hay excepción de solemnidades y requisitos ni otra diferencia respecto al cerrado común (salvo el supuesto de la custodia) que la persona autorizante, el Comisario hoy día Interventor. Su otorgamiento es tan especial como el testamento cerrado que autorizan los cónsules en el extranjero.

No obstante el hecho de que se exijan, como veremos a continuación, las circunstancias personales, y las de tiempo y lugar del testamento militar ordinario abierto, y el que nuestro Código no haga distinción entre el cerrado y el abierto, son argumentos que abonan la consideración del testamento del 717 como un testamento especial.

La redacción de este artículo, pese a su obscuridad, me inclina a suponer la identidad de circunstancia entre las formas cerradas y abierta. Comienza con la palabra "también" y hace referencia a las "personas mencionadas en el artículo anterior". La remisión se entiende a las personas que se encuentren en las circunstancias del artículo anterior, es decir a quienes se encuentren en tiempo de guerra y en campaña. Interpretar de otra forma sería conceder a determinadas personas la posibilidad de otorgar testamento militar en cualquier momento por el solo hecho de que fuera cerrado. El artículo 718 dá disposiciones comunes al testamento militar ordinario abierto y cerrado, y además si en el ánimo del legislador hubiese estado la idea de que el testamento militar ordinario cerrado pudiera otorgarse en época de paz, lo hubiera regulado aparte y con normas procedimentales diferentes.

Autorizante de este testamento es el Comisario de Guerra, cuya denominación ha sido sustituida por la de Interventor Militar, de menor raigambre histórica pero más acomodada a los

tiempos actuales (54).

No estará de más, llegado este momento de mi estudio, ha cer una breve referencia a los antecedentes históricos de la figura del Comisario de Guerra.

Desde muy antiguo, las funciones notariales castrenses - se hallan vinculadas a los antiguos Comisarios de Guerra, que - actualmente, como en su momento veremos, son los Interventores - militares.

La institución del Comisario de Guerra es muy antigua y tuvo siempre una gran importancia en el Ejército. En éste se organizó durante el reinado de Felipe II, para realizar la invasión y conquista de Portugal, un cuerpo de Comisarios de Guerra llamados Comisarios de Nuestras que marcharon con las tropas del Duque de Alba, siendo su misión la de pasar revista a las tropas y firmar los documentos justificativos, y demás comprobantes de pagos de haberes. En las Ordenanzas de Carlos I de 1536 y en la Ordenanza de 1705 dictada por Felipe V en la guerra de sucesión se trata de la figura de Comisario, pero el antecedente más importante de los Comisarios de Guerra, en su doble función fiscal y notarial, lo constituye la "Institución y Ordenanza de lo que deben practicar en el servicio y ejercicio de su empleo los Comisarios Ordenadores y de Guerra del Ejército", dada en el Buen Retiro el 27 de Noviembre de 1748 por el Rey Fernando VI. Consta de 140 artículos o capítulos, y empieza diciendo: "El Rey.- Por cuanto las reglas generales que en las Ordenanzas y Reglamentos particulares, se han dado a los Comisarios Ordenadores y de Guerra para el más acertado método y dirección en las revistas de mis tropas y demás Dependencias de su Ministerio, han padecido algunas dudas que necesitan aclaración para su práctica; a fin, de que en adelante se ejecuten los ajustes con entera claridad, y no se atrase su pronto y regular despacho, ha mandado formar la presente Instrucción y Ordenanza con las reglas que se han -

considerado a propósitos y miran el mejor resguardo de mis Reales intereses."

En la Ordenanza de Comisarios de 1748, aparecen ya muy claramente detalladas las funciones que corresponden al Comisario de Guerra, en relación con las revistas de tropa y ganado, y en cuya misión desempeña verdaderas funciones notariales al dar fe de la existencia y residencia legales de los individuos del Ejército y del ganado, y cuyas certificaciones constituyen el punto de partida para la acreditación de los haberes que les corresponde, en metálico o en especie según los casos.

A partir de entonces se van ampliando las funciones notariales de los Comisarios de Guerra, cuya práctica se reconoce expresamente en la Real Orden de 13 de Diciembre de 1827, que dice: "Habiendo puesto en conocimiento del Rey nuestro señor, el Oficio de V.E. de 23 de Abril del año anterior, en el que de su Real Orden y para que yo informase lo que se me ofreciese y pareciese, sobre lo manifestado por el Intendente General del Ejército, referente a lo interesante que será que los Comisarios no estén obligados a certificar más documentos que aquellos cuyo contexto y firma no les ofrezca duda, S. M. conforme el parecer de su Consejero Supremo de la Guerra, a quien tuvo por conveniente oír sobre el particular, se ha dignado resolver, que los Comisarios de Guerra deben continuar en la práctica de autorizar todos los documentos que les presenten los individuos del Ejército, -- con tal de que aquellos sean puramente militares, entendiéndose bajo este nombre, los que se dirijan a justificar la edad, servicios, comisiones o empleos de los interesados y no otros".

En esta disposición se reconocen expresamente, a los Comisarios de Guerra, funciones notariales, si bien de momento quedan limitadas a los documentos puramente militares.

Pero en forma más ostensible, todavía, empleando la expresión Notario de Guerra, se halla reconocida esta función en el "Reglamento para la contratación de todos los servicios del Ramo de Guerra" aprobado por Real Orden de 18 de Junio de 1872, y por las Reales Ordenes de 24 de Abril de 1882 y 2 de Diciembre de 1886.

El Reglamento de 18 de Junio de 1872, dice en su artículo 36 que "las subastas de la Dirección General se celebrarán ante una Junta, compuesta del Director General Presidente, del Subdirector, el Interventor General en calidad de tal y el Notario de Guerra, o en su defecto uno público". La frase "Notario de Guerra, o en su defecto uno público aparece también en los artículos siguientes. En el artículo 70 se dice "que el acto de otorgamiento de la escritura se celebrará en el Despacho del Jefe que haya presidido la subasta; los convenios se formalizarán por el Comisario de Guerra".

Vistos los antecedentes más remotos del Interventor baste destacar que el antecedente próximo se encuentra en la Ley de 15 de Mayo de 1902 que al suprimir el párrafo 3º del artículo 5º de la del 19 de Julio de 1889 dispuso que el Cuerpo Administrativo se dividiera en dos, a los que se llamarían, respectivamente, Intendencia e Intervención. En el apéndice E) del artículo 4º se indica, en el enumerado de sus funciones, la del ejercicio de la notaria militar en la forma que hoy se efectua por los Comisarios de Guerra.

La Real Orden de 19 de Mayo de 1913 aprueba el Reglamento del Cuerpo y señala en el artículo 4 que el "notariado militar es cometido de los Interventores". El artículo 38 indica que corresponde a los Comisarios de Guerra la autorización de los testamentos militares cerrados en la forma que establece el Código.

Durante la República se declara el Cuerpo a extinguir y se crea el de Intervención Civil de Guerra, por Ley de 12 de Septiembre de 1932 y Decreto de 15 de Febrero de 1933.

Finalizada la guerra civil del 36 se restablece la organización anterior por Ley de 12 de Julio de 1940 y se dicta el Decreto de 25 de Septiembre de 1941 sobre fe pública en las fuerzas expedicionarias que la encomienda al Interventor Militar cuyas funciones, incluidas las que le correspondan como fedatario castrense, estan reguladas en el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Intervención Militar aprobado por Decreto de 21 de Septiembre de 1963.

Volviendo al estudio de la forma testamentaria del artículo 717, habré de destacar que la determinación del Comisario competente exige algunas precisiones. Para ello nada mejor que reproducir aquí las palabras de Diez "No está resuelto quienes serán los Comisarios competentes. En ocasiones solo habrá uno, como ocurrió con la División Azul, pero otras veces habrá varios, sobre todo si tenemos en cuenta que la organización del Cuerpo de Intervención Militar está basada más en la competencia territorial que en la adscripción a unidades, sin que tampoco el destino de un Interventor a una plaza, aunque sea único, o a un servicio, excluya la posibilidad de que otro Interventor, destinado por ejemplo, en la Jefatura Regional, pueda actuar ante el personal de dicha plaza o Servicio. Atendiendo a la expresión del Código Civil que habla de "un" Comisario de Guerra, habrá que considerar competente a cualquier miembro del Cuerpo de Intervención Militar que se encuentre en el lugar del otorgamiento por razones de servicio. Y aunque no fuera así, a falta de una regla expresa sobre competencia no sería posible hablar de vicio de nulidad. Todo lo más que podría exigirse sería que el Interventor esté en servicio activo.

El Reglamento del Cuerpo de Intervención Militar de 21 - de Septiembre de 1963, aunque dedica varios preceptos a la llamada "Notaria Militar", en materia de instrumentos públicos no hace más que referirse a las leyes sustantivas correspondientes -- que, como sabemos, en cuanto a testamentos es solo el Código Civil. Es de elogiar este respeto a esferas ajenas, no tan frecuente como sería de desear, que incluso exagera, puesto que materia propia del Reglamento sería, por ejemplo, la determinación de -- qué Interventor es competente para autorizar un testamento militar cerrado, reglas de custodia y remisión, etc. "(55)

Scaevola opina que sería más idóneo para este cometido - cualquier individuo del Cuerpo Jurídico-Militar dado el cúmulo - de conocimientos jurídicos que para la autorización se requiere (56).

No comparto en manera alguna la opinión de tan ilustre - tratadista. En el nacimiento de un instrumento público la fase - en donde son más necesarios los conocimientos jurídicos no es la autorización sino la estipulación, pues en ésta el fedatario autorizante da concreción a la verdadera voluntad de los otorgantes expresándola en términos jurídicos; es en esta fase donde el fedatario se manifiesta como un profesional del derecho. Pero la importancia de la estipulación en los instrumentos públicos intervivos no existe en los testamentos. La traducción de la voluntad del testador a términos jurídicos es relativamente fácil. La autorización supone garantía de la veracidad del instrumento y - afirmación del cumplimiento de los requisitos legales. La intervención del Jurídico o del Interventor es indiferente para tener la garantía de la veracidad del instrumento. Saber si se han cumplido los requisitos legales es algo que está perfectamente al - alcance del Interventor militar por la claridad con que aquellos estén expuestos y por los conocimientos jurídicos de que éste -- esta dotado. (57) El legislador no ha podido pensar en otro modo cuando faculta al Oficial cuyos conocimientos jurídicos no serán

muy profundos para autorizar un testamento que no caduca por el transcurso del tiempo (artículo 721 Código Civil) y cuando considera al Interventor militar competente para autorizar instrumentos intervivos sin limitación como notario (Decreto de 25 de -- Septiembre de 1941). Opinión semejante manifiesta Manresa al decir que como no es dable en la organización de nuestros Ejérci-- tos que a cada destacamento acompañe un notario público para el desempeño de dichas funciones, el Código las ha confiado a un -- Interventor Militar, que por el carácter de su cargo se halla -- más en condiciones para sustituir en su misión a aquel oficial -- público. (58)

En virtud de la remisión del artículo 717 las formalidades del testamento militar que ahora estudio serán las previstas por los artículos 706 y siguientes para el testamento cerrado -- común. Por tanto el testamento militar ordinario cerrado estará escrito por el testador o persona a su ruego: firmará el otorgan-- te, se colocará el documento en una cubierta cerrada y sellada -- etc. Se extenderá el acta por el Interventor que ejerce las ve-- ces de notario con asistencia de cinco testigos tres de los cua-- les han de poder escribir. Sobre su idoneidad basta recordar lo dicho para el caso de la forma ordinaria abierta. En una palabra, se exigen los mil y un requisitos que el Código Civil predica pa-- ra el testamento cerrado común lo cual no es del todo acertado -- pues si bien el Interventor actúa como notario y existen las --- otras fórmulas de testamento militar más simplificadas, la oca-- sión (recuerdese la exigencia no solo del tiempo de guerra sino de hallarse además en campaña) no es la más propicia para cum-- plir con aspectos formales. En este sentido se manifiesta Guzman Muñoz cuando dice "bien podían haberse suprimido algunas solemni-- dades sin menoscabar ni rebajar las garantías de autenticidad". (59)

Al cumplir las formalidades del testamento cerrado común, el Comisario deberá sacar una copia autorizada del acta de otor--

gamiento con arreglo al 710 pero nada hay dispuesto sobre el destino de esta copia. Si se da el supuesto del Decreto de 1941, parece lógico que tal copia sea incorporada al protocolo reservado que, con arreglo al mismo, debe formar. Pero cuando no se trata de Fuerza expedicionaria no es posible proceder de esta forma, -- ya que el Interventor no forma protocolo. Entonces parece que la copia en cuestión debe seguir el mismo trámite que el testamento original, es decir, que se remitirá al Cuartel General, aunque -- la utilidad de proceder así es bien reducida. No hay tampoco inconveniente de que el testador obtenga otra copia del acta de -- otorgamiento, e, incluso, que se le entregue para su custodia al Comisario, a fin de poder probar en su día el hecho del otorgamiento, aunque tampoco esta precaución será tan útil como en el caso del testamento abierto, puesto que, en definitiva, nunca -- servirá para demostrar el contenido del testamento si llega a -- extraviarse. (60).

El curso que habrá de seguir el testamento militar ordinario cerrado, una vez otorgado, es el previsto en el artículo -- 718.

Los dos primeros párrafos de este precepto ya han sido -- analizados al tratar de la forma testamentaria abierta del 716. Siendo estos dos apartados comunes tanto para la forma abierta como para la cerrada, vale aquí todo lo dicho al respecto en su momento.

Aunque algún autor, como Díez, (61) ha considerado que -- el cumplimiento del párrafo primero del artículo 718 impide que el testamento militar ordinario cerrado pueda quedar en poder -- del testador o de un tercero, como sucede con el común, entiendo que la remisión que hace el artículo 717 a la anterior sección -- mixta permite mantener el criterio que ya señalaba al tratar del testamento militar ordinario abierto, pero ahora con mayor fundamento. Las tres hipótesis que para la conservación del testamen-

to ofrece el artículo 711, al que el 717 se remite como integrante de dicha sección sexta, pueden darse en teoría. Lo que sucederá es que en la práctica, dado que el Comisario tendrá más costumbre de efectuar la conservación e inmediata remisión y que ocupará normalmente una posición dentro del escenario de la lucha más a retaguardia y más tranquila con la consiguiente mayor seguridad para el testamento, será muy raro que el disponente quiera que la disposición testamentaria quede en poder suyo, siguiendo sus mismas vicisitudes lo que desvirtuaría de toda utilidad práctica el hecho del otorgamiento, o de otro compañero o persona sometido a iguales o parecidos riesgos. Esto aparte de que debiendo remitirse a la mayor brevedad al cuartel general, ningún testador tendrá interés en conservar por un breve lapso de tiempo, en su poder el testamento o en que lo conserve otra persona distinta del Comisario autorizante, y si tendrá el testador interés normalmente en quitarse de encima los trámites burocráticos inherentes a la remisión al Cuartel General.

Por ello la obligación de remitir el testamento corresponde normalmente al Interventor que deberá hacer la remisión lo más rápidamente posible pues en caso contrario puede incurrir en la responsabilidad por culpa o negligencia del artículo 1.902, si por falta o retraso se producen perjuicios al testador o a los herederos. Pero si por circunstancias excepcionales el testamento obrase en poder del testador o de otra persona, estará ella obligada a remitirlo al Cuartel General (62).

Esta remisión no ha de esperar al fallecimiento del testador y tiene como finalidad evitar que el testamento corra los peligros de extravío propios de la situación de campaña.

El celo en la conservación del documento se garantizará haciendo constar la celebración del acto en las Hojas de servicios anuales de los disponentes en las que estos ponen el "ente-

rado".

En el Ministerio de Defensa quedará el testamento guardado hasta el fallecimiento del otorgante y si no llegase a morir seguirá válido mientras no se revoque expresamente o sea sustituido por otro posterior.

Esta peregrinación que impone el artículo 718 obliga a que cuantos intervienen en su curso examinen cuidadosamente el estado de la plica o sobre, con objeto de no asumir responsabilidades por la destrucción o inutilidad de ella o de sus sellos, o por la tachadura o raspado de sus firmas, que provocarían la nulidad del acto celebrado.

Aunque la ley no ordena ninguna cautela, en previsión de que el testamento se extravíe, -dice Diez (63)- nada impide que el autorizante saque una o varias copias, incluso firmadas por el otorgante y testigos, las cuales harán prueba, en su caso, -- con arreglo al número 1 del artículo 1.221 del Código Civil. --- Opino que la posibilidad de acudir a la copia como medio de evitar inconvenientes del extravío es muy dudosa. La copia es traslado de escritura autorizado por Notario en cuyo poder se halle ésta legalmente. "Solo el notario -dice el artículo 222 del Reglamento Notarial de 1944- en cuyo poder se halle legalmente el protocolo, estará facultado para expedir copias". Si no hay protocolo, no podrá existir copia en estricto sentido notarial.

"Cuando sea cerrado el testamento -dice el párrafo 3º -- del 718-el Juez procederá de oficio a su apertura en la forma -- prevenida en dicha Ley, con citación e intervención del Ministerio Fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de -- los herederos y demás interesados.

Abierto el testamento se procede a la protocolización en

la forma --según señala el artículo 714-- establecida en los artículos 1.956 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este procedimiento tiene como finalidad la identificación del escrito testamentario.

Ya señalé en su momento que, aunque el artículo 717 no -- lo dijese, el testamento militar ordinario cerrado exige, para -- que pueda otorgarse, que se den las mismas circunstancias del -- 716 es decir el tiempo de guerra y la situación de campaña. Pues bien, podríamos preguntarnos si entre las solemnidades prescri-- tas por la Ley que el Juez debe examinar si se han guardado, en virtud del 1.966 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se encuentran las anteriores circunstancias sin las cuales no se puede dar el testamento militar.

Un examen detenido del texto del artículo 1.966 nos lleva a la respuesta afirmativa.

"Practicadas las diligencias que quedan prevenidas, y -- resultando de ellas que en el otorgamiento del testamento se han guardado las solemnidades prescritas por la Ley, y la identidad del pliego," Se hace referencia por separado a las solemnidades prescritas por la Ley para el otorgamiento y a la identidad del pliego. Parece deducirse de ello que el legislador ha -- pretendido que quede demostrado, además de la identidad, el cumplimiento de los requisitos necesarios para el otorgamiento. En todo caso queda a salvo el derecho de los posibles perjudicados -- para oponerse a la decisión del Juez en el juicio ordinario co-- rrespondiente.

El legislador cuando se refiere a la caducidad en el artículo 719 --manifestándose esta vez con gran claridad-- no incluye al testamento militar cerrado del 717. La doctrina se muestra unánime en esta cuestión, por la razón que acabo de exponer y -- por ser de estricta lógica que, si el Comisario ejerce funciones

de notario, a los testamento autorizados por aquél se les aplique las mismas reglas que a los autorizados por éste.

C).- Testamento extraordinario abierto.

Las circunstancias extraordinarias en que el testamento militar se otorga, encuentran su culminación, en cuanto a excepcionalidad, en el caso de las disposiciones testamentarias otorgadas ante como mínimo un peligro inminente derivado de acción de guerra.

En esta situación de peligro actual o próximo proveniente de acción de guerra, el militar o persona a él equiparada puede otorgar testamento abierto de palabra según el artículo 720, o testamento cerrado de conformidad con el 721.

Teniendo limitado el objeto de mi estudio a las funciones notariales desempeñadas en el campo del derecho privado por funcionarios públicos o autoridades, no me habré de detener en la forma testamentaria militar extraordinaria abierta del artículo 720 de nuestro primer cuerpo legal, sino lo estrictamente necesario para describir la figura, y relacionarla en una determinada cuestión con el testamento militar ordinario cerrado para resaltar el carácter notarial de las funciones que en éste ejerce el Comisario.

El otorgante de este testamento será una de las personas señaladas en el 716. El testamento se otorgará en tiempo de guerra, y en una de las situaciones expresadas en el artículo 720 que sustituyen, como es lógico, al requisito general de lugar representado por "estar en campaña". Para el testamento militar extraordinario basta el peligro de muerte procedente de acción de guerra, haya surgido este en campaña o fuera de ella, es de-

cir, que puede hacerlo quien, encontrándose incluso en su propia casa, sufre, por ejemplo, un ataque aéreo. Lo que debe estar próximo es el peligro de muerte derivado de una acción de guerra; por tanto, puede hacer testamento extraordinario un herido, aun después de terminado el combate.

El testamento se manifiesta verbalmente ante solo dos -- testigos sin que se exija el requisito de la idoneidad pudiendo -- ser, como dice Valverde (64) menores de edad aunque mayores de -- 16 años de uno u otro sexo, como sucede en el testamento en caso de epidemia.

Esta falta de exigencia, debida a la gravedad e inminencia del riesgo que corre quien se encuentra en determinadas situaciones, determina que si el testador se salva del combate o -- peligro el testamento caduca automáticamente, pues ya puede usar de otra forma testamentaria no ya común sino menos excepcional, como sería una de las otras formas de testamentos militares previstas en el 716 y el 717, (párrafo 2º del artículo 720).

Aunque no se salvara, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al Ejército, para que éste lo envíe al Ministerio de Defensa a través del Cuartel General. No dice -- el Código en qué plazo deben los testigos cumplir con esta forma lidad, pero lógicamente será inmediatamente que cese el asalto, combate o situación de peligro.

"Si comparamos el texto del párrafo último del artículo 720, que prescribe la anterior formalización, y el texto del artículo 717 puede llegar a estimarse, no sin cierta ligereza, -- --dice Raquejo-- una aparente contradicción entre ambos textos con sistente en que si en los testamentos militares que exigen la -- presencia de un fedatario el Código designa para dicha función --

al Interventor en el artículo 717 del Código Civil, cuando trata de formalizar los testamentos abiertos extraordinarios del artículo 720 del Código Civil designa al Auditor en lugar de aquél.

La aparente anomalía apuntada desaparece con solo examinar detenidamente las funciones que se atribuyen en dichos textos a ambos funcionarios.

En el artículo 717 del Código Civil se autoriza el testador militar para otorgar testamento cerrado ordinario ante un Comisario de Guerra que ejercerá en este caso funciones de Notario.

En el último párrafo del artículo 720 del Código Civil - se exige para la eficacia del testamento militar abierto extraordinario, una vez fallecido el testador, que los testigos lo formalicen ante el Auditor de Guerra o funcionario de justicia que siga al Ejército.

De ello se infiere:

a) Que el comisario de guerra, hoy Interventor, realiza una función de verdadero fedatario, en cuanto autoriza la disposición testamentaria que otorga en su presencia el testador; función que no desempeña el Auditor de Guerra porque ni autoriza el testamento, sino que lo formaliza, ni el testador lo otorga ante su presencia.

b) Que la función del Auditor de Guerra en el testamento abierto extraordinario es advenir mediante las declaraciones de los testigos presenciales, una manifestación de voluntad anteriormente expresada por el testador, comprobando no solamente la realidad del testamento que le denuncian los testigos, sino que aquél fué otorgado en las condiciones que exige el párrafo prime

ro del artículo 720 del Código Civil. Mientras que el Interventor, en el testamento cerrado, no formaliza un acto ya otorgado anteriormente sino que autoriza el que se otorga ante su presencia.

c) Que si bien la declaración de si un papel escrito es o no es un testamento no corresponde a las autoridades militares por ser una cuestión de derecho civil, no cabe duda de que el Auditor de Guerra ha de plasmar en un documento la declaración de voluntad que le dan a conocer unos testigos presenciales, --- pues si no se transcribe ese testamento verbal mal puede ser enviado al Cuartel General y de éste al Ministerio respectivo, conforme al citado artículo 720 del Código Civil a fin de su posterior elevación a escritura pública y protocolización. (artículo 718 del Código Civil).

d) Que siendo el testamento militar abierto extraordinario una forma de testar de idénticas características a las contenidas en los testamentos especiales regulados en los artículos 700 y 701 del Código Civil y disponiéndose en estos últimos que falleciendo el testador quedará ineficaz el testamento otorgado si no se acude al tribunal competente para que lo eleve a escritura pública (párrafo 2º del artículo 703 del Código Civil), en el testamento militar abierto extraordinario también han de acudir los testigos presenciales a la jurisdicción competente con idéntica finalidad; sin que en uno u otro caso intervenga el fedatario sino el funcionario judicial correspondiente por constituir una función propia de este último.

Con lo que hemos expuesto se demuestra que no existe contradicción ni anomalía, ni atribución de funciones idénticas a distintos funcionarios en la redacción de los artículos 717 y 720 del Código Civil, pues el Interventor realiza una función como expresamente la denomina el citado Código y le corresponde --- por tener a su cargo la fe pública militar extrajudicial, mientras que el Auditor de Guerra o el funcionario al que se refiere

el artículo 720 del Código Civil desempeñan una función judicial que en la esfera civil tampoco se le atribuye nunca a los notarios" (65).

D).- Testamento extraordinario cerrado.

La sección septima del capítulo primero del título tercero correspondiente al libro tercero del Código Civil, reguladora de las distintas modalidades del testamento militar, no recoge sino dos situaciones en que los militares y personas a ellos equiparados pueden utilizar esta forma testamentaria especial; - una situación es la campaña en tiempo de guerra pero sin darse - un peligro próximo de acción bélica y la otra situación es la -- que se produce cuando el peligro se avecina.

En esos momentos de inminente peligro, el testador puede indistintamente usar una de las dos formas admitidas también para los militares en campaña cuando no hubiere dicho peligro, y, por lo tanto, podrá otorgar testamento abierto o cerrado, según tuviere por conveniente. Para el primero de dichos casos se ha-- lla establecido el artículo 720 y para el segundo el 721.

Este artículo 721, que carece de antecedente en nuestro derecho, preceptua que "Si fuere cerrado el testamento militar se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se -- otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716, debiendo firmar todos ellos el acta de - otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiese", y constituye un cúmulo de desaciertos, ambigüedades y contradicciones.

En primer lugar puede señalarse que hubiera sido mucho más acertado incluir su texto como un párrafo más del artículo - 720. La propia redacción del precepto, que comienza diciendo "si

fuera cerrado" me induce a pensar que esta idea estuvo en el ánimo del legislador, si bien no cristalizase. Por lógica y por claridad se debía haber recogido la norma en el artículo anterior - si no se hacía referencia a las circunstancias del mismo.

La forma testamentaria que contiene podemos tacharla de impracticable, pues exigiéndose en su otorgamiento formalidades y requisitos del testamento cerrado en tiempo de paz, no hay posibilidad de cumplirlos en plena batalla, asalto, combate o peligro próximo de acción de guerra, circunstancias en las que se da este testamento.

Según los artículos 706 y 707, a los que se remite expresamente el 721, el testamento lo ha de escribir el testador u otra persona a su ruego, rubricando o firmando las hojas según los casos; se pondrá en un sobre cerrado y sellado que se entregará al autorizante en presencia de los testigos idóneos, haciendo constar que en el mismo se guarda la última voluntad; habrá de extender el autorizante acta en la cubierta del sobre expresando que se han cumplido todas las formalidades exigidas por la Ley; esta acta, una vez leída, la firmará el Oficial autorizante, y los testigos así como el testador, si pudiere.

La observancia de tales requisitos, y de otros señalados en los artículos 706 y 707 que deliberadamente he omitido, resulta casi imposible en situaciones de tan grave riesgo, en las que ha de prescindirse de todo formalismo como hace el artículo 720. Un exceso de ritualismo resulta incompatible con las circunstancias, pues no hay posibilidad de cumplir con los requisitos generales y el exigirlos equivaldría, si no existiese la fórmula más simplificada del extraordinario abierto, a condenar al abintestado forzoso. Por lo tanto puede calificarse de superfluo, pues en esos instantes decisivos nadie acudirá al testamento extraordinario cerrado, sino a la forma abierta regulada en el ar-

título últimamente citado.

En consecuencia solo se usará cuando el testador lleve -- ya consigo escrita su última voluntad, y encerrada en el pliego que ha de autorizarse sobre el campo de batalla o en un punto en que experimente el peligro próximo de una acción de guerra.

El artículo 721 no ordena que se cumplan todas las formalidades del testamento cerrado común, puesto que se refiere a -- "los artículos 706 y 707". Por tanto, el Oficial autorizante debe remitirlo al Cuartel General, sin que pueda quedar en poder -- del testador o de un tercero -- facultad contenida en el artículo 711-. Tampoco es aplicable al artículo 710, que ordena que se -- ponga en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento, lo que es lógico, al no existir protocolo.

Ejercerán las funciones notariales en el caso que nos -- ocupa, el oficial que tenga por lo menos categoría de Capitán; y no podrá, al parecer, intervenir en tal sentido el Comisario de Guerra, porque no se hace en el artículo 721 más referencia que al 716, lo cual representa un evidente contrasentido.

La referencia al Oficial del artículo 716 ¿ significa -- que el autorizante del testamento militar extraordinario cerrado será el Oficial que tenga la categoría de Capitán o puede considerarse incluidos también el Capellán, Facultativo o al que -- mande un destacamento?. Me inclino por la respuesta afirmativa -- ya que sin duda el legislador, al introducir la forma testamentaria del 721, quiso dar facilidades aunque en la práctica no lo -- haya logrado.

Respecto a los testigos el artículo 721 se remite a los testigos del 716 que, como se recordará, debían tener la cualidad de ser idóneos en los testamentos militares ordinarios abiertos.

La exigencia del 721 de que ambos testigos sepan firmar viene a añadir un obstáculo más para que en la práctica se pueda dar la forma testamentaria militar extraordinaria cerrada, pues puede en las particularmente extraordinarias circunstancias de una batalla, asalto, combate o en peligro próximo de acción de guerra no encontrarse dos testigos que sepan hacerlo. En cualquier caso resulta una incongruencia que en un testamento común — como el recogido en el artículo 695 se prevea que alguno de los testigos no pueda firmar mientras que en una forma testamentaria tan excepcional y extraordinaria como la que analizo en este momento no se prevea esta posibilidad. Asimismo resulta incomprensible como el artículo 721, remitiéndose expresamente al 707, no guarde una cierta proporción entre el número de testigos exigidos y los que puedan firmar como hace el número segundo del último de los artículos señalados.

Al testador no se le obliga a firmar, excusándole para cuando no pudiere, como se hace también en el testamento cerrado ordinario: En esa tarea podrá sustituirle uno de los testigos, — puesto que dicho artículo recuerda la aplicación, en su totalidad, de los artículos 706 y 707, aparte de las excepciones que específicamente determina.

Si la norma del artículo 721 hubiese tenido una mejor redacción y se hubiera incluido en el anterior artículo 720, se hubieran evitado dudas y vacilaciones en la doctrina acerca de si se refiere o no a las circunstancias señaladas en el segundo de los artículos citados. Si en algunos casos se quedan los autores en el terreno de la duda, como Alcubilla (66), en otros casos — afirmaciones más categóricas hacen entrar a sus autores en el terreno del error, como sucede con Firmat quien considera el artículo 721 incompatible con el 717 diciendo "está claro el 721 pero su redactor olvidó que estaba ya escrito el 717 con el cual — es incompatible".

Según este último autor, los capaces para otorgar testamento militar pueden hacerle cerrado, siendo precisamente un Comisario de Guerra el ministro de fe, y con todas las solemnidades del testamento cerrado común, entre ellas la concurrencia de cinco testigos. Según el 721 bastarán dos testigos idóneos y un oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán, estando sano el testador; si éste se hallase en destacamento, se otorgará la última voluntad ante el que lo mande, aunque sea subalterno; y si estuviese enfermo o herido podrá autorizarla el Capellán o facultativo que asista al otorgante. Ante contradicción tan patente ocurre preguntar ¿existen dos formas para el testamento militar cerrado?. Y como esto no es admisible ¿a cual de los dos preceptos contradictorios será preciso atenerse en la práctica?. He ahí el problema" (67).

Discrepo de la opinión de este autor pues olvida que el 721 se refiere a las circunstancias de peligro grave señalados en el 720 mientras que el 717 se refiere a las más generales de "tiempo de guerra" y "campaña" del 716. Dada la mayor gravedad de los primeros resulta lógica la mayor simplificación del 721. Pero tal gravedad hubiera exigido una simplificación mucho mayor y nunca una remisión a las formalidades establecidas para el testamento cerrado común.

La deficientísima redacción del artículo 721 trae otra consecuencia en lo referente a la caducidad o permanencia de la forma testamentaria que regula: que existan argumentos de suficiente entidad para mantener una postura diametralmente opuesta acerca de la caducidad del testamento, y que, en consecuencia, la doctrina vacile en este punto.

La postura favorable a la permanencia del testamento militar extraordinario cerrado hasta el momento en que sea revocado o sustituido por otro, que es la dominante en la doctrina, -- considera que el hecho de que el legislador lo haya rodeado de --

solemnidades que le aproximan al testamento común cerrado, aun a riesgo de hacer menos frecuente su uso, da a éste forma testamentaria militar extraordinaria cerrada un cierto carácter de permanencia. No hay en la sección séptima en que se regula el testamento militar, precepto alguno que trate de la caducidad de los testamentos cerrados, pues el artículo 719 se refiere a los testamentos abiertos otorgados conforme al 716 y el artículo 720, se refiere al testamento verbal en él regulado, no habiendo motivos para la aplicación analógica de dichos preceptos a la forma testamentaria del 721 (68).

Pero también la posición contraria favorable a la caducidad del testamento militar extraordinario cerrado encuentra su fundamento. Cree Alcubilla que el artículo 721, al hablar del testamento militar se refiere al regulado en el artículo anterior es decir, al extraordinario, limitándose a dar reglas para la forma cerrada, de manera que en lo no establecido por aquel precepto habrá que aplicar las normas del extraordinario a que se refiere, entre ellas las relativas a su caducidad (69). Diez, identificándose con el autor anterior, destaca que la sustitución del Comisario por un oficial es tan importante que justifica un trato distinto, porque solo el primero es un verdadero Notario excepcional por su preparación y cometido, sobre todo después del Decreto de 25 de Septiembre de 1941 (70).

Particularmente me inclino por esta segunda posición, pues creo que no ofrece ninguna duda el que el 721 se refiere al supuesto de quien encontrándose en la situación del artículo 720, quiera que su disposición testamentaria permanezca en secreto y, en un combate asalto o amenaza de un peligro bélico, no pueda esperar a que pueda asistir un Comisario, hoy día Interventor Militar. Y no puede interpretarse de otra manera, pues si no se refiriera el 721 a las circunstancias del 720 sobraría, existiendo el artículo 717. Lo que puede concebirse es una redacción desafortunada, pero nunca que el legislador pudiera para una mis-

ma situación establecer dos formas testamentarias distintas. Por eso comienza el 721 con la preposición si, y por ello, según de cía, debía haber sido recogido el texto como un párrafo más del artículo 720. (71)

El argumento de que se siguen en esta forma testamentaria las solemnidades del testamento cerrado común para considerar que la permanencia de éste último pasa a a que ella, carece de - toda solidez si precisamente la exigencia de aquellas solemnidades hace impracticable este testamento, pues es inconcebible que durante un combate, asalto, batalla o situación semejante pre ten da, quien se encuentre en esta situación, escribir o que le escri ban su testamento, meterlo en un sobre, cerrarlo, lacrarlo y comparecer ante su Capitán y dos testigos, que además sepan firmar, para que se extienda el acta de otorgamiento, la intención del legislador, sin duda, no fue exigir todas las solemnidades - de los artículos 706 y 707 cuando eliminaba la más importante, - la exigencia de notario. Lo que sin duda pretendió fue establecer algunas garantías cuando el testador deseara mantener en secre to su última voluntad, y precisamente en esa presunta intenci onalidad creo ver que el legislador hubiera deseado poner un - límite temporal a la vigencia del testamento otorgado en la situ ación en que el testador se encuentra al otorgar el testamento cerrado del 721 del Código Civil.

Creo encontrar fundamento para interpretar así la intenci ón del legislador, en la caducidad que para los testamentos ce rrados otorgados también en unas circunstancias de excepción, esta blece el artículo 730 que fija un plazo de caducidad a contar desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en forma ordinaria. Y piensese que los dos preceptos, se fijaron al mismo tiempo, pues ninguno de ellos procede de una reforma -- parcial del Código Civil; que la naturaleza jurídica del tes ta men to militar y del testamento marítimo es la misma; y que igual es la finalidad de ambas instituciones, dar facilidades para la tes

tamentifacción a quien por las circunstancias en que se encuen--tra se ve imposibilitado de observar las solemnidades normales. Incluso observese que la gravedad de las circunstancias de quien está en un combate, asalto o batalla es mucho mayor que las de -- quien se encuentra en un viaje por mar, lo que le impedirá al -- primero en mayor medida observar las solemnidades del testamen--to cerrado común; asimismo que en el testamento marítimo cerrado, según el párrafo cuarto del artículo 722, se han de observar la totalidad de los preceptos de la sección sexta que regula el tes--tamento común cerrado, no solamente lo preceptuado en los artícu--los 706 y 707, y pese a ello se establece en el artículo 730 la caducidad de estos testamentos marítimos cerrados.

Abona también mi criterio el hecho de que el Comisario, verdadero notario excepcional como del 717 se deduce, haya sido sustituido por un simple Oficial. Al no haber un autorizante en funciones de notario, no está justificado dar a este testamento la cualidad de los autorizados por notario, la no caducidad.

El desacierto con que se ha redactado el Código en este precepto, que regula el testamento militar extraordinario cerra--do, es tan grande, que forzosamente habremos de pasar por encima de la letra de la ley e ir a su espíritu, y el espíritu del 721 es el referirse a la situación de inminente peligro del 720 y la aplicación de la caducidad establecida en este último precepto -- para un testamento abierto, pues pasado el inminente peligro, -- aunque el testador continúe en campaña, podrá otorgar un testa--mento cerrado en el que se puedan observar todas las solemnida--des de la sección sexta, reguladora del testamento común cerrado, y ante una persona, el Interventor Militar, que según establece expresamente el Código en su artículo 717, ejerce funciones de -- notario.

El testamento militar extraordinario cerrado que se en--

cuentre en el Ministerio, pues trataré a continuación del curso que ha de seguir este testamento una vez otorgado, lo mismo que el testamento abierto ordinario, una vez hayan caducado se entregarán al testador si vive, pero no serán destruidos, para evitar responsabilidades sobre todo en relación con el cerrado, que podría valer como testamento ológrafo. Si el disponente ha fallecido, deberá remitirse el testamento al Juez, pues solo a éste le corresponderá juzgar si el testamento ha caducado.

Este desacierto del artículo 721 no se limita a decir -- mal lo que quiere decir, sino que también deja de decir cosas -- esenciales. Obsérvese que nada dice del destino que ha de darse al testamento.

Aunque no lo dice el artículo 721, desde luego se entiende de que, una vez otorgado el testamento deberá cumplirse lo dis-- puesto en el artículo 718, en los mismos términos que respecto -- de los testamentos cerrados, a que se refiere el 717, por lo que se da por reproducido lo dicho en su momento.

En resumen, la presencia de este testamento militar en -- el Código viene a ser "como un homenaje que se rinde a lo imposible" según la afortunada frase de Pacheco recogida por Taboada -- Tundidor (72).

- (1) .- Los casos en que dentro del Derecho Público el Interventor Militar ejerce funciones notariales son numerosísimas. Sin dar las referencias legales, lo que no sería congruente con el objeto de un estudio, me limitaré a señalar, -- entre otros muchos supuestos de posible cita, las subastas de ganado de desecho en las que, para garantía de terceros, se exige la presencia del Interventor en el acto -- de poner en el cuello de los semovientes enajenados la "D" que va a denunciar su procedencia; las ventas de vestuario y equipo inútiles en que el Interventor Militar ha de presenciarel reglamentario troceado previo; la presencia de dicho fedatario militar en las destrucciones de polvora -- efectuadas por los servicios de artillería y, finalmente, para no hacer interminable la relación, toda la función -- autenticante ejercida por el Interventor Militar en el ámbito de la contratación en el Ejército. La justificación del desempeño de estas funciones fedatarias no admite dudas. El buen cometido de la actividad castrense basta como razón sustentadora en todos los supuestos señalados, -- que en el caso concreto de la contratación militar puede ir acompañada esa simple y lógica razón sustentadora de -- algunas otras consideraciones.

De todos es sabido que la Defensa Nacional es la actividad donde más justificado este el secreto. Docenas y docenas de expedientes de contratación de carácter confidencial se incoan y resuelven en cada ejercicio económico. -- La presencia en ellos del notario público --no sujeto al -- Código de Justicia Militar--, sin que ello signifique la -- menor duda acerca de su capacidad de guardar reserva, no cabe duda que amplía el número de personas que habrán de conocer lo que por su propia naturaleza debe ser de difusión limitadísima. Debería sustituirse en estos casos esa presencia notarial por la de un miembro del Cuerpo de Intervención Militar, conocedor también del expediente, -- puesto que habrá tenido que redactar pliegos, informar y fiscalizar.

La construcción de determinadas fortificaciones; el -- montaje de instalaciones tipificadamente militares; la fabricación de algunas clases de armamento; las adquisiciones de útiles y efectos o su manufacturación para específicos entrenamientos de fuerzas especiales, son otros supuestos, en que la más elemental lógica justifica la atribución legal con carácter originario de funciones notariales al Interventor Militar en sustitución del Notario dentro de las normas del Derecho Público Castrense.

- (2) .- En el ámbito del Derecho Privado que regula la fe pública militar se encuentran los artículos 38 y 39 del Decreto -- de 21 de Septiembre de 1963 por el que se aprueba el Reglamento Organico del Cuerpo de Intervención Militar.

Artículo 38. En el ejercicio de esta función, los Interventores tendrán las siguientes facultades.

1ª.- Autorizar en testimonios por exhibición o copias simples o en relación, totales o parciales, toda clase de documentos militares e igualmente de los civiles que hayan de sustir efectos en Organismos de carácter militar.

A este respecto se considera documento militar todo -- aquel expedido por autoridades militares, cualquiera que sea su cargo, empleo o asimilación.

2ª.- Legitimar las firmas puestas en cualquier documento militar o civil que haya de surtir efectos en Dependencias militares, cuando su autenticidad les conste de modo indubitable, bien por conocerlas, bien por haber sido estampadas en su presencia.

La legitimación podrá extenderse a fotografías, huellas digitales, planos, descripciones de objetos y otros análogos, siempre que al Interventor le constase su exactitud.

3ª.- Instruir en general, las informaciones testificales que procedan y, de modo especial, las referentes a cobro de haberes por herederos de fallecidos, anticipos de pensión y pensiones de desaparecidos.

4ª.- Autorizar toda clase de actas que prevengan las disposiciones legales.

Artículo 39. La Notaria Militar en tiempo de paz se -- desempeñará por los Interventores, ajustándose a las instrucciones de la Intervención General del Ejército, publicadas con la autorización del Estado Mayor Central en --- 1956, y en las que se recogen, refundidas y recopiladas, todas las disposiciones legales en vigor referentes a esta materia.

- (3) .- VELASCO, A. de. "Derecho Notarial con algunos formularios" Ed. Reus, Madrid 1941, pág. 72.
- (4) .- Ver notas 64, 65 y 66.
- (5) .- RAQUEJO ALONSO, A. "La Notaría Militar". Ed. Aeronáutica, Madrid 1963, pág. 20.
- (6) .- OSSORIO MORALES, J. "Manual de Sucesión Testada". Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1957, pág. 157.

- (7) .- Diccionario ESPASA voz "campaña."
- (8) .- MANRESA Y NAVARRO, J.M. "Comentarios al Código Civil Español". Tomo V. Ed. Reus Madrid 1932, pág. 607.
- SCAEVOLA, Q.M. "Código Civil Español", Tomo XII, Ed. Reus Madrid 1896, pág. 585.
- (9) .- KUNTZE, STEILDE, GIRARD, ZOCCO-ROSA y SHOM, citados por - Antonio Hernández Gil, en su obra "El Testamento Militar. En torno a un sistema hereditario militar romano". Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid 1946, págs. 24, 25, y 26.
- DIEZ GOMEZ, A. "El Testamento Militar Español", Rev. de - Derecho Notarial. Tomo XLIII, Enero-Marzo 1964 pág. 152.
- MORENO CASADO, J. "El Testamento Militar en España desde la Recepción". Rev. General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 194 (año 1953) pág. 477.
- PUIG PEÑA, F. "Compendio de Derecho Civil Español". Tomo IV, Vol. II. Ed. Nauta, Barcelona 1966, pág. 1.208.
- (10).- PEÑAS VAZQUEZ, J. "Del testamento militar". Valladolid, 1975; pág. 34
- (11).- HERNANDEZ GIL, A. op. cit. 117-172.
- (12).- Faciant igitur testamenta "quomodo volent... quomodo -- poterint". D. 29.1.1.1. - Quan militum testamenta iuris vinculis non subiencientur quum propter simplicitatem - militarem "quomodo velint et quomodo possint" ea facere ius conducetur -Constitución de Antonio, C. 6.21.3- Respon-di militibus "quoquo modo velint et quo modo possunt" testamentum face concessum esse -Paulo, D, 29.1.40.
- (13).- Nos saldriamos de los límites de este trabajo si tratáse-mos de exponer los requisitos formales del testamento mi-litar romano en sus diversas épocas, y acerca de los cua-les discuten los romanistas. Digamos, pues, simplemente, que admitía la fórmula escrita -al parecer la más frecuen-te- u oral, y que ésta no precisba que los testigos reu-nieran las condiciones exigidas por el Derecho común, pu-diendo serlo las mujeres, ni que concurriese el número le-gal de ellos, aunque se discute si debían ser rogados.

- (14).- HERNANDEZ GIL, A. op. cit. pág. 80 y ss.
- (15).- MINGUIJON, S. "Historia del Derecho Español". Zaragoza - 1924, pág. 46 y 55 y 115.
- (16).- ZEUMER. "Historia de la Legislación Visigoda". Barcelona 1944, pág. 209.
- (17).- MENENDEZ PIDAL, R. "La España del Cid". Madrid 1929, II, págs. 760 y 55.
- (18).- RIAZA, R. y GARCIA-GALLO, A. "Manual de Historia del Derecho Español". Madrid, 1934, págs. 715 y 716.
- (19).- La Ley 12, tit. V, lib. II del Fuero Juzgo establece: ---
 "Aquel que muere en romería, o en hueste, si oviere omnes
 libres consigo, escriba su manda con su mano ante ellos.
 E si non sopiere escribir, ó non pudiere por enfermedad,
 faga su manda ante sus siervos, que sepa el obispo que -
 son de buena fe, é que non fuesen ante fallados en peca-
 do. E lo que dixeren estos siervos por su iuramiento, fá-
 galo el obispo o el iuez escribir despues, é sea confir-
 mado por ellos é por el rey" (Ed. de la Real Academia -
 Española. Madrid, 1815).
- (20).- MARTINEZ FUSET, L. "El Testamento Militar". Santa Cruz de
 Tenerife, 1935, pág. 47.
- (21).- SANCHEZ ROMAN, F. "Estudios de Derecho Civil" Tomo VI, ---
 Vol. I, 2ª Edic., Impr. Suc. de Rivadeneyra. Madrid 1910
 pág. 314.
- (22).- Sobre evolución histórica del testamento militar, puede
 consultarse "El Testamento Militar, su proceso histórico"
 de S. Fernandez Victorio y Camps, así como "Derecho Mili-
 tar en la Edad Media. España Fueros Municipales de J. --
 Martinez de la Vega y Zegri.
- (23).- Ins. 2, 11, y también Ins. 109 y 114. También en el Códigi-
 go (C. 6. 21. 3. 6. 30. 22; 6. 30. 22. 15) y en el Diges-
 to (D. 29. 1. 1. 1.; 29. 1. 40. 2; 22. 6. 9. 1.) abunda -
 esta justificación.
- (24).- D. 29. 1. 44, y D. 37. 13. 1. pr.
- (25).- HERNANDEZ GIL, A. op. cit. pág. 122 y ss.

- (26).- ARANGIO RUIZ: "L'origine del testamentum militis e la sua posizione nel Diritto romano clasico", en Bull. Ist. Dir. Rom. 1946, págs. 164 y ss.; señala, por ejemplo, el testamento escrito griego, que, no está sujeto a ninguna forma lidad de firma, sello o depósito, y en el que se puede -- prescindir de los testigos.
- (27).- La Constitución Española establece "... como valores superiores de su ordenamiento jurídico... la igualdad... (art. 1 párr. 1) y que "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas;..." (Art. 9 párr. 2).
- (28).- CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español, Común y Foral". Tomo VI, Vol II 8ª Edic. Ed. Reus. Madrid 1979, págs. 24 y 25.
- (29).- VALVERDE Y VALVERDE, C. "Tratado de Derecho Civil Español" Tomo V. Valladolid 1962, págs. 75 y 76.
- (30).- ALBALADEJO, M. "Manual de Derecho de la Familia y Sucesiones". Librería BOSCH. Barcelona 1974. pág. 250.
- (31).- En el testamento en inminente peligro de muerte predomina el elemento tiempo, pero también es necesario que se otorgue donde no sea posible la presencia de Notario (jurisprudencia constante, verbigracia, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1910 y 23 de Febrero de 1926). En el testamento en tiempo de epidemia también se supone ausencia de Notario en el lugar del otorgamiento, bien - porque así se exija directamente por analogía con el in periculo mortis, bien porque se entienda que la existencia de una epidemia es ya causa suficiente para estimar excusada la asistencia del fedatario ante el peligro de contagio. En el testamento marítimo concurre la circunstancia de lugar -a bordo- con la de tiempo -durante la -navegación-. Aparentemente en el hecho en país extranjero sólo hay una razón de lugar; por eso se duda si se trta de un verdadero testamento especial. Hay que decir que desde el punto de vista filosófico tiempo y espacio son - inseparables: el testamento especial, por razón de lu---gar, lo es por el tiempo en que el testador se encuentre en ese lugar.
- (32).- PUIG PEÑA, F. op. cit. pág. 1.210.
- (33).- MARTINEZ Fuset, L. op. cit. pág. 72.

- (34).- DIEZ GOMEZ, A. op. cit. pág. 174.
- (35).- TRAVIESAS, M. "El Testamento". Rev. Der. Priv. 1935. pág. 97, 129 y 169.
- (36).- Entre otros PUIG PEÑA, F. op. cit. pág. 1211, OSSORIO MORALES, J. op. cit. pág. 158. ISABAL Enciclopedia Jurídica Española Seix. Tomo 9, voz "testamento militar". DIEZ-PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A. dicen: "... así pues - los militares y las personas a ellas equiparadas para testar militarmente han de hallarse "en campaña" dentro de la situación general de guerra..." en "Sistema de Derecho Civil". Vol. IV. Ed. Tecnos. Madrid 1978, pág. 551.
- (37).- MARTINEZ FUSET, L. op. cit. págs. 70 y 55, DIEZ GOMEZ, A. op. cit. pág. 179.
- (38).- MARTINEZ FUSET, L. op. cit. págs. 64 y 65.
- (39).- Con acertado criterio ALBALADEJO, M. en "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II Derecho de Bienes, Familia y Sucesiones. Segunda edición. Lib. BOSCH Barcelona 1975, págs. 600 y 601 dice: "El supuesto del art. 716 2º, es el de -- ejército expedicionario. Aunque el precepto se encuentra dentro del art. 716 y literalmente se refiere al caso del párrafo 1º de éste (testamento militar abierto ordinario) su espíritu parece innegable que se refiere a cualquiera de los testamentos militares, es decir, también al abierto extraordinario y a los cerrados.
- (40).- "Es indiferente que el ejército se encuentre en el país o que se encuentre en el extranjero. Desde que se abre la - campaña y por consecunecia de ella comienza a correr peli gro serio la vida del militar, del empleado o del agregado al ejército, comienza el derecho de testar en una de - las formas especiales para estos casos establecidas. La - Ley en este particular ha vuelto por el principio que habían proclamado las Partidas y que habían desnaturalizado las Ordenanzas del Ejército" FALCON, M. "Código Civil Español" Tomo III, pág. 136. Centro Editorial de Cóngora. - Madrid 1889.
- (41).- CASTAN TOBEÑAS, J. op. cit. págs. 123 y ss.
- (42).- DIEZ GOMEZ, A. op. cit. pág. 188
- (43).- Artículo 16 de la Constitución Española de 1978.

- (44).- TROPLONG: Droit civil expliqué, tomo III, núm. 1733; MERCADE: Idem. id. tomo III, "Sur L'article 988"; JACOMET DE BOAÇA: Les militaires Traité del donations et testaments, tomo IV, pág. 436. PERECIL: Revue pratique, Paris, tomo - XIX, pág. 862.
- (45).- MARTINEZ FUSET, L. op. cit. págs. 104 y 55
- (46).- DIEZ GOMEZ, A. op. cit. pág. 189.
- (47).- ALBALADEJO, M. "Instituciones..." op. cit. pág. 601
- (48).- AUBRY Y RAU. "Cours de droit civil français". Tomo X 1918. pág. 62.
- (49).- ALBALADEJO, M. "Instituciones..." op. cit. pág. 601.
- (50).- MARTINEZ FUSET, L. op. cit. pág. 125.
- (51).- DIEZ GOMEZ, A. op. cit. pág. 191.
- (52).- SCAEVOLA, Q. M. "Código Civil", 2ª edic. Tomo XII, Madrid 1950, pág. 660.
- (53).- PEREZ ARDA, E. "Caducidad de los Testamentos Especiales". Rev. Gral. Legislac. y Jurispr. Tomo 115 (1909), pág. 303
- (54).- Art. 4 ap. E) de la Ley de 15-5-1902. Arts. 4 y 38 R.O. - 19-5-1913 que aprueba el Reglamento del Cuerpo.
- (55).- DIEZ GOMEZ, A. op. cit. pág. 198.
- (56).- SCAEVOLA, Q.M. "Código Civil" 2ª Edic. Tomo XII, Madrid - 1950 pág. 649.
- (57).- Si bien además de los licenciados en Derecho pueden ingresar en el Cuerpo de Intervención Militar los licenciados en Ciencias Económicas, el programa de la oposición de ingreso está compuesto en su casi totalidad de materias jurídicas y durante seis meses los ingresados estudian Derecho Notarial.
- (58).- MANRESA Y NAVARRO, J.M. "Comentarios al Código Civil Español" 7ª Edic. Tomo V. Ed. Reus, Madrid 1972, pág. 847.
- (59).- GUZMAN MUÑOZ, T. "El Testamento Militar" Madrid. (tesis - doctoral que puede consultarse en el Inst. Nac. de Estudios Jurídicos).
- (60).- DIEZ GOMEZ, A. op. cit. pág. 199
- (61).- DIEZ GOMEZ, A. op. cit. págs. 198 y 199.

- (62).- Aunque la mayor parte de la doctrina se inclina por considerar que la obligación de remitir el testamento incumbe al Interventor, no faltan autores de opinión contraria. - Así MANRESA (en su obra ya citada "Comentarios al Código Civil Español" 7ª edic. Tomo V, Madrid 1972 pág. 850) duda si será posible que el testamento quede en poder de persona que no forme parte del ejército en campaña, en cuyo caso esta persona estaría obligada a la remisión. También cree posible que el testador se quede con el testamento -- abierto o cerrado, para encargarse de su remisión al Cuartel General. RAQUEJO ALONSO, A. op. cit. pág. 54, dice, - que la obligación de remisión no es especial del Interventor.
- (63).- DIEZ GOMEZ, A. op. cit. pág. 197.
- (64).- VALVERDE Y VALVERDE, C. op. y loc. cit. pág. 137.
- (65).- RAQUEJO ALONSO, A. op. cit. págs. 49 y 50.
- (66).- MARTINEZ ALCUBILLA, "Diccionario de la Administración Española". 6ª edic. tomo III, art. Código Civil pág. 741.
- (67).- FIRMAT Y CABRERO, J. "Antinomias y obscuridades del Código Civil" Rev. La Reforma Legislativa, año 1890 pág. 361.
- (68).- Mantienen esta postura entre los tratadistas clásicos, -- SCAEVOLA, Q.M. "Código Civil" 2ª edic. Tomo XII Madrid -- 1950 pág. 675, MANRESA "Comentarios al Código Civil Español" 7ª Edic. Tomo V, Madrid 1972, págs. 862 y 863 y la -- casi totalidad de los autores actuales.
- (69).- ALCUBILLA, op. loc. cit.
- (70).- DIEZ GOMEZ, A. op. cit. pág. 205
- (71).- PEÑAS VAZQUEZ, J. en su obra citada pág. 60, hablando de la rareza de la forma testamentaria prevista en el art. - 721 dice: "... pero, es que, además, si esta forma, como extraordinaria, solo puede emplearse cuando es imposible la ordinaria, resulta imposible siempre, puesto que requiere la presencia de un Oficial y dos testigos, suficientes para hacer testamento militar ordinario abierto.
- Para salvar, pues, de una completa inutilidad el art. 721, se impone esta interpretación: El testador que quiere mantener en secreto su disposición y, ante la amenaza de un peligro bélico; no pueda aguardar la presencia del Interventor, puede otorgar su testamento cerrado, ante un Oficial y dos testigos".
- (72).- TABOADA TUNIDOR, C. "Testamentos Militares" Impr. A. Otero. Orense 1912 pág. 8.

C A P I T U L O I V

I.- EL TESTAMENTO MARÍTIMO. SU HISTORIA

Aún cuando, en nuestro país, el origen del Testamento Marítimo hay que buscarlo en las Ordenanzas de la Armada de 1748, - no es menos cierto que dicho Testamento Marítimo, con precedentes históricos muy escasos, lo encontramos ya admitido, sin embargo, en el Digesto Romano, cuya Ley 1ª, párrafo 1º, título XIII, libro 37, expresa: "Item navarchos et trierarchos classium, iure militari posse testari nulla dubitatio est. In classibus omnes remiges et nautas milites sunt. Item vigiles milites sunt et iure militari eos testari posse nulla dubitatio est".

El texto así transcrito enseña que el beneficio del testamento militar se hacía extensivo a los Pilotos y Capitanes de Buques, a los remeros, a los marineros y a los que vigilaban a bordo.

Pero es curioso destacar como en nuestra antigua legislación española, no ha sido encontrada la más pequeña huella que hiciera referencia al Testamento Marítimo, el cual, por otra parte, quizá tampoco precisaba fuere regulado concretamente, por cuanto existían diversas formas testamentarias, algunas de pocas y muy fáciles solemnidades, que sin mayor dificultad podían observar - los que se encontraran en alta mar, a bordo de un buque de guerra o marcante.

Y así ocurre que hasta las Ordenanzas de la Armada, publicadas en el año 1748, no existe noticia de disposiciones especiales que regularan como forma de testar autónoma el Testamento Ma-

rítimo.

El artículo 4º, título VI, tratado 6º de las Ordenanzas - de la Armada de 1748, autoriza el testamento de palabra o por escrito, ante dos o tres testigos, concurriendo al acto, si fuera - posible, el Contador del bajel o el que ejerza sus funciones. En esta base buscó apoyo el autor del proyecto de 1851 para dictar - varias y detalladas disposiciones referidas al Testamento Marítimo, que no ha tenido más que ampliar y retocar el proyecto de 1882 y el presente Código Civil, que regula el testamento Marítimo en la sección octava del capítulo I del título III del libro III del Código Civil español vigente, que comprende los artículos 722 a - 731, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 722. Los testamentos, abiertos o cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan a bordo, se otorgarán en la - forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el Contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y - entiendan al testador. El Comandante del buque, o el que haga sus veces, pondrá además su visto bueno.

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán, o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de - poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste - no sabe o no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo - prevenido en el artículo 695, y, si fuere cerrado, lo que se orde

na en la Sección sexta de este Capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos e intervención del Notario.

Artículo 723. El testamento del Contador del buque de guerra y el del Capitán del mercante serán autorizados por quien deba sustituirlos en el cargo, observándose para lo demás lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 724. Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán custodiados por el Comandante o por el Capitán, y se hará mención de ellos en el Diario de navegación.

La misma mención se hará de los ológrafos y los cerrados.

Artículo 725. Si el buque arribase a un puerto extranjero donde haya Agente diplomático o consular de España, el Comandante del de guerra, o el Capitán del mercante, entregará a dicho Agente copia del testamento abierto o del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento o del acta deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están a bordo los que lo firmaron; en otro caso será autorizada por el Contador o Capitán que hubiese recibido el testamento, o el que haga sus veces, firmando también los que estén a bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente diplomático o consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, y, cerrada y sellada la copia del testamento o la del acta del otorgamiento si fuere cerrado, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministro de Marina, quien mandará que se deposite en el archivo -

de su Ministerio.

El Comandante o Capitán que haga la entrega recogerá del Agente diplomático o consular, certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ella en el Diario de navegación.

Artículo 726. Cuando el buque, sea de guerra o mercante, arribe al primer puerto del Reino, el Comandante o Capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, a la autoridad marítima local, con copia de la nota tomada en el Diario; y, si hubiese fallecido el testador, certificación que lo acredite.

La entrega se acreditará en la forma prevenida en el artículo anterior, y la autoridad marítima lo remitirá todo sin dilación al Ministerio de Marina.

Artículo 727. Si hubiese fallecido el testador y fuere --abierto el testamento, el Ministro de Marina practicará lo que se dispone en el artículo 718.

Artículo 728. Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro de Marina remitirá el testamento al de Estado (hoy Asuntos Exteriores) para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda.

Artículo 729. Si fuere ológrafo el testamento y durante - el viaje falleciera el testador, el Comandante o Capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el - Diario, y lo entregará a la autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del Reino.

Lo mismo se practicará cuando sea cerrado el testamento, si lo conservaba en su poder el testador al tiempo de su muerte.

Artículo 730. Los testamentos, abiertos y cerrados, otorgados con arreglo a lo prevenido en esta Sección, caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria.

Artículo 731. Si hubiere peligro de naufragio, será aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes lo dispuesto en el artículo 720.

II.- FUNDAMENTO RACIONAL

La gran importancia y frecuencia que en la época moderna habían alcanzado los viajes por mar, monopolizada en los tiempos en que se publica el Código, pues no existía entonces la navegación aérea, impulsaron al legislador a regular una manera de testar que permitiera disponer mortis causa a quienes habían de soportar largas y peligrosas travesías acechadas por las inconsistencia del elemento líquido, tan proclive a tempestades o temporales ante los que resulta impotente el navío más moderno.

Si en una primera lectura pudieran parecer un poco trasnochadas estas frases anteriores, unos momentos de meditación harán comprender lo contrario, la mayor seguridad y rapidez de los buques de hoy día no es obstáculo para que se produzcan naufragios ante la enorme densidad de navegación y la complejidad de los transportes marítimos. Piénsese en otros supuestos típicos de los tiempos actuales como los transportes de crudos y otras materias

peligrosas o los cruceros turísticos, y piénsese asimismo que pese a la rapidez de los buques modernos, se dan largas travesías - sin escalas, durante las cuales los individuos a bordo pueden encontrarse en situación de querer testar, bien ante una enfermedad, bien por un simple deseo de hacerlo espontáneamente o influi dos por los temores que puede producir una tempestad.

Y esto por lo que se refiere a la Marina Mercante, pues - así como el Testamento Militar encuentra el fundamento de su exis tencia en las peripecias de la lucha y en la inminencia del riesgo grave en el que se expone la vida, en la implantación legal - del Testamento Marítimo podrían aplicarse los mismos argumentos e idénticos motivos, cuando se trate de operaciones bélicas que lleve a cabo la Marina de Guerra.

Admitida la existencia de un Testamento Militar y atendida la analogía de las situaciones en que pueden hallarse los milita res y los marinos, deriva como lógica consecuencia la regula- ción por el Código Civil de un testamento especial marítimo, a se mejanza del militar, basado no en el privilegio, sino en la necesidad.

Efectivamente, análogos y aún mayores peligros que el milita r en campaña, tienen que arrostrar los marinos y demás personas que naveguen en una embarcación, pudiendo en realidad afirmarse - que una sola e idéntica razón justifica ambas clases de testamen- tos, a saber: la necesidad inmediata de testar por el peligro inminente de muerte.

No estará tan desactualizado el espíritu del Testamento - Marítimo cuando algunos legisladores modernos, por ejemplo el del Código Civil italiano de 1942 en su artículo 616, ha aplicado las normas que regulan este testamento a la navegación nacida de estos tiempos, la navegación aérea.

En las circunstancias en que se encuentra el navegante le resultará totalmente imposible cumplir las solemnidades establecidas por el legislador para los testamentos comunes abiertos o cerrados, y sería enormemente injusto impedirle otorgar testamento hasta que no se halle en condiciones de guardar dichas solemnidades, cuando no cabe duda que la navegación implica un peligro más o menos remoto de muerte, peligro que puede alterar el equilibrio psíquico del testador de manera que no se encuentre la forma de expresarse con claridad y de manera que no implique duda sobre la existencia de animus testandi in actu, es decir, sobre la resuelta intención de disponer de sus bienes por sí mismo en aquellas líneas que está escribiendo y de manera definitiva en aquella ocasión, lo que es necesario para la validez del testamento ológrafo previsto en el artículo 688 del Código Civil.

Con independencia de que coincidan la cualidad de marino y la de militar, la condición de marino es por sí especial, no estando en su arbitrio el testar por la forma ordinaria y pudiendo encontrarse en la inminencia de la muerte y sentir la necesidad de ordenar sus últimas disposiciones.

III.- REQUISITOS

Pero entre el precedente de las Ordenanzas de la Armada de 1748 y el artículo 578 del Proyecto de Código Civil de 1851, en cuanto a antecedentes legales del actual artículo 722 del vigente Código Civil, existe una fundamental diferencia.

Las Ordenanzas de 1748 introducen la forma testamentaria marítima como un privilegio personal de los del Fuero de Marina y establecen en su artículo I, título VI, tratado VI que "Todo aquel que gozare del fuero de marina, según está declarado en el título

II, tratado 5º de estas Ordenanzas, la gozará también en punto de testamentos, con los mismos privilegios que sobre esta materia es tán declarados a todos los militares, ya sea que le otorgue están do empleado en mi servicio, en campaña, mar o tierra, en Arsenal, Astillero, guarnición o departamento, o hallándose en su casa o en otro cualquier parage, aunque en el día no disfrute sueldo mio, - como esté alistado y matriculado para cualquiera de las diferentes ocupaciones y ejercicios propios a el servicio de mi Armada, y sujeto por esta razón a la Jurisdicción militar, o Política de ella".

Por el contrario el artículo 578 del Proyecto de 1851 eli mina cualquier vestigio de privilegio de clase y autoriza y regula esta forma de testar en consideración a una circunstancia obje tiva, como es la de estar a bordo de una nave durante una trave sía marítima, puesto que esta circunstancia no permite el cumplimiento de las solemnidades testamentarias normales y sobre todo - la intervención de notario.

Todo aquél que se encuentre bajo esta circunstancia obje tiva, por haber aceptado voluntaria o forzosamente los riesgos de una expedición marítima, todo aquél que se encuentre embarcado co mo pasajero, tripulante, militar o mercante, adscrito a los servi cios del buque o por cualquier otro concepto puede otorgar testa mento marítimo.

El texto del artículo 578 del Proyecto de 1851 pasó íntegramente al 720 del Proyecto de 1882 y de éste al 722 del Código Civil vigente que configura en consecuencia el testamento maríti mo en consideración no a una clase de personas, sino a una circuns tancia objetiva: la de estar a bordo de una nave durante una tra vesía marítima.

Se hace necesario advertir que, para los efectos testamen

tarios, se encuentran equiparadas la Marina de Guerra y la Mercante. A mayor abundamiento, puede afirmarse que la presente legislación no solo equipara ambas clases de Marinas, la de Guerra y la Mercante, sino que aplica los beneficios testamentarios a todo el que, en cualquier concepto, viaje por mar. Si el peligro y los riesgos del mar afectan por igual a cuantos viajan a bordo, todos han de ser iguales a la hora de testar. Según el artículo 722 del Código Civil el testamento marítimo puede ser otorgado por todos aquellos "que durante un viaje marítimo vayan a bordo", y en un párrafo segundo prevee que el buque pertenezca a la Marina de Guerra, mientras que en párrafo tercero se refiere a buques de la Marina Mercante.

Cuanto se viene manifestando, no puede significar que los marinos de guerra, hayan solamente de otorgar testamento marítimo. Pueden también emplear el testamento militar con las formalidades establecidas para el mismo. Y aunque el Código Civil nada indica sobre el particular, ya el número 2º del artículo 11 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina, de 10 de Noviembre de 1894, declaraba que es de la competencia de la jurisdicción de Marina la autorización de los testamentos otorgados en tierra por marinos pertenecientes a fuerzas de la Armada en campaña o país extranjero, cuando dichas fuerzas operen con independencia del Ejército, con arreglo a los artículos 716 a 721 del Código Civil, limitándose la competencia a lo que estos preceptos determinan.

La citada Ley, como posterior al Código, no ha hecho más que aclarar el espíritu del mismo en orden a concretar aquéllos - que deben gozar del beneficio del testamento militar. Y así, incluye a las fuerzas de la Armada en campaña, aunque operen en tierra, ya que de fuerzas militares se trata.

De esta norma se desprende que ya desde los inicios de la marina moderna, los marinos de guerra, cuando se encontraran en -

tierra firme y se dieran las circunstancias que para el otorgamiento del testamento militar son necesarias, podrían utilizar esta forma de testar. En este criterio han abundado todas las disposiciones que en alguna medida han rozado estas cuestiones, la última de las cuales es el Decreto de 5 de Diciembre de 1975 sobre organización y funciones de la Intervención de la Armada, el cual, al tratar las funciones del Cuerpo señala en el artículo 6 que "En tiempo de guerra y en campaña, la fe pública en la Armada se entenderá y ejercerá de acuerdo con lo que sobre el particular establece el Código Civil, Ley y Reglamento del Notariado y cuantas disposiciones de carácter general e instrucciones particulares se dicten sobre las materias que estas regulan". De su letra, en incluso de su mismo estilo de redacción, se deduce claramente la aplicación de los artículos 716 y siguientes del Código Civil y del Decreto de 25 de Septiembre de 1941, que ya traté ampliamente en otro capítulo de mi estudio.

El artículo 722 se refiere a un viaje marítimo sin que la doctrina mantenga una postura unánime sobre si el adjetivo excluye los viajes fluviales o por lagos.

Una corriente doctrinal de indudable peso entiende que el artículo 722, por su carácter excepcional, ha de interpretarse restrictivamente no siendo admisible en los viajes fluviales (1).

Otros autores, como SANCHEZ ROMAN (2) y MUCIUS SCAEVOLA (3), opinan que el calificativo es genérico y comprende en consecuencia tanto los viajes por mar como los fluviales. Con PUIG BRUTAU (4) me inclino a pensar que si se trata de un viaje por un río que tenga las características de navegabilidad que no poseen los ríos españoles, y si además concurre la razón de ser del precepto, es decir, la misma razón que lo justifica, será natural admitir su aplicación.

En efecto, si la esencia del testamento marítimo es la de

tratarse de una forma testamentaria prevista por el legislador para atender a las necesidades de testamentificación activa de quienes por encontrarse a bordo no pueden cumplir las solemnidades de los testamentos comunes, especialmente la intervención de notario, y corren el riesgo más o menos remoto de muerte que conlleva toda navegación, este riesgo puede darse no solo en viaje por mar sino fluvial o lacustre. A esta postura me inclina el interpretar de este modo el espíritu de la norma, que para mí queda claramente de manifiesto si observo que el artículo 722 suprime la frase "en alta mar", con que comienzan sus precedentes de los Proyectos de 1851 y 1882.

Se suprime una concreción de lugar sin duda por estimarse que la circunstancia de imposibilidad de seguir las solemnidades testamentarias comunes por navegantes que corren los riesgos inherentes a su condición de tales, se da no solo en la navegación de altura sino también en la de cabotaje. Si esta imposibilidad se da en todo supuesto de travesía marítima, incluso en la que no se aleja mucho de las costas, también se da en viajes fluviales o por lagos en los que existe un cierto riesgo y una imposibilidad de intervención de notario. Las circunstancias en orden a la admisión del testamento marítimo en la navegación de cabotaje y en la fluvial o lacustre es análoga, si pensamos en los grandes ríos y lagos del mundo. En territorio español no resulta imaginable un testamento hecho navegando por un río o lago, pero bien podría un español tener necesidad de testar cuando en un viaje por mar atravesara, por ejemplo, el Canal de Panamá, o el de Suez, pues a los presentes efectos ninguna diferencia hay entre un río navegable y un canal de tan frecuente tránsito como los señalados.

Como nos recuerda Lacruz (5), Bonet Ramón, con cita de Sánchez Román y De Buen, cree que "Aunque en el calificativo de la ley solo están comprendidos los viajes por mar, la razón de la necesidad puede ser la misma en la navegación fluvial, sobre todo cuando ésta sea parte de un viaje marítimo y su duración y

la urgencia del caso justifiquen el empleo de esta forma de testar".

El análisis de la cuestión anterior enlaza con el del significado de la expresión "a bordo", que como señala ESPIN se interpreta por algunos en el sentido de que se podrá otorgar testamento marítimo desde la salida del buque hasta la llegada al final del viaje, pudiendo por tanto testar el que vaya a bordo, durante las escalas. Otros estiman por el contrario que durante las escalas no se podrá hacer uso del testamento marítimo, sobre todo si es un puerto nacional (6).

Me muestro inclinado a considerar, con autores como FUIG BRUTAU (7) que para que pueda otorgarse testamento marítimo ha de encontrarse la nave en travesía y no surta en un puerto. Creo que solamente cuando así sea resultará imposible la intervención del notario o consul españoles, ni seguirse las solemnidades testamentarias propias del país a que el puerto perteneciera. Y precisamente por esta imposibilidad de intervención de uno u otro fedatario ordinario, sea notario español o extranjero o consul español, podrá utilizarse la forma testamentaria marítima del artículo 722 y siguientes. Antes debería acudirse, en vista del artículo 11 del Código Civil, a la forma testamentaria y al autorizante previsto en la ley del país que pertenezca el puerto que forzar, -entendiendo yo- la razón objetiva esencia del testamento marítimo.

Desde esta postura, por la que me inclino, sería correcto considerar el testamento marítimo como forma testamentaria que solo puede darse cuando la nave leva anclas, pues mientras está anclado el que va a bordo tiene la posibilidad de valerse de los medios ordinarios para testar. El viaje marítimo se entiende comenzado cuando se levantan las anclas y la nave se mueve del puerto.

Mucius Scaevola mantiene una posición intermedia y entiene

de que cabría considerar perfectamente válido un Testamento Marítimo otorgado por un tripulante o pasajero en el puerto de salida, cuando se encontrare en riesgo inminente de muerte (8).

Frente a la opinión de este último autor, pienso que sí - existe riesgo inminente de muerte, más lógico será pensar que, - quien por él se vea afectado, acuda al testamento previsto en el artículo 700 del Código, ya que incluso menores exigencias que el testamento marítimo presenta, y es una forma testamentaria de posible utilización en un puerto extranjero, en virtud de la aceptación del estatuto personal por el párrafo 1 del artículo 11 del - Código Civil, sobre todo cuando normalmente los efectos del testamento se producirán en España.

Por otra parte, también quien se encontrara en un puerto extranjero, también podría acudir a las formas testamentarias y - autorizantes, propios de aquel país, en virtud del estatuto formal admitido en el artículo 11 del Código Civil.

Lacruz se hace eco de otros autores (Bonet, Valverde, Puig, Peña) y entiende que la supresión de las palabras "en alta mar" y en particular la del artículo 722 del proyecto, permite admitir - que el viaje comienza cuando el pasajero y los tripulantes suben a bordo con el propósito de emprenderlo, aún cuando el buque no - haya levado aún anclas, y se entiende que continúa durante las escalas, pudiendo testar el que vaya a bordo hasta la llegada al final del viaje (9).

En cualquier caso, la cuestión es polémica y admite en - consecuencia posturas contrapuestas. Podría argumentarse que por algo en el texto actual del Código Civil se ha suprimido un párrafo de los artículos 578 del Proyecto de 1851 y 722 del de 1882, que decía "cesa para el tripulante y pasajeros el uso del testamento marítimo cuando el buque se halle en puerto español o extranjero". Pero también podría contraargumentarse que, si se ha -

suprimido, ha sido por superfluo, y ésta es mi opinión, pues ya es suficientemente descriptiva la expresión "a bordo" del primer párrafo del artículo 722. En efecto, si en el espíritu del legislador hubiera latido la idea de que podría otorgarse testamento marítimo por quien realizara un viaje por mar, independientemente de que se encontrara, en el momento del otorgamiento, en la nave, o fuera de ella en una escala, es decir, por el simple hecho de ser viajero marítimo, la redacción más clara y sencilla hubiera consistido en omitir la expresión "a bordo". Por otra parte, la propia esencia y naturaleza del testamento marítimo, que es una forma excepcional de testar cuando la necesidad apremiante de hacerlo y las circunstancias en que el testador se encuentra, no permiten acudir a otras formas testamentarias ordinarias, impide considerar que pueda utilizarlo quien, surto su buque en puerto, por el sencillo procedimiento de descender del mismo, puede usar de las modalidades de testamentifacción comunes ante autorizante ordinario, sea notario o consul españoles, cuando el puerto sea nacional o extranjero, con este representante, sea el fedatario que corresponda, según la legislación propia del país a que pertenezca el puerto extranjero, en virtud del estatuto formal previsto en el artículo 11 del Código Civil.

Problema que ha sido objeto de mayor debate, es el referido a la clase de embarcaciones a cuyo bordo vayan las personas que puedan otorgar testamento marítimo.

Podría dudarse si en una barca o lancha de pesca es posible legalmente emplear tal forma de testar, Mucius Scaevola, considera que cuando menos dentro del Código español, la solución debe de ser afirmativa, y apoya tal opinión en el hecho de que el citado texto legal no distingue naves en su artículo 722 y siguientes, y en la consideración de que el que va navegando en un barco pescador puede correr los mismos, o quizá mayores riesgos, y hallarse con menos recursos para testar en la forma normal (10).

El párrafo 2º del artículo 45 del Reglamento Interior - para la Organización y Régimen del Registro Mercantil de 21 de Diciembre de 1885, llama buques, no solamente a las embarcaciones - destinadas a la navegación de cabotaje o de altura, sino también a los diques flotantes, pontones, dragas, ganguiles y cualquier - otro aparato flotante destinado a servicios de la industria o del comercio marítimo. Por esto no resulta impropio el denominar bu-ques a una nave pescadora, máxime si se considera que también rea- liza un viaje marítimo y se dedica a servicios de la industria o del comercio.

En el momento actual, la discusión parece fuera de todo - lugar, ya que los buques de pesca realizan singladuras similares a las realizadas por los buques mercantes.

Cuando trataba del fundamento racional de la figura testa- mentaria que ahora analizo, aludía a la navegación aérea y al he- cho de que algunos legisladores modernos han extendido los precep- tos reguladores del Testamento Marítimo a aquella clase de navega- ción. Se trata, como es evidente, de una cuestión de gran impor- tancia en la actualidad. En nuestra doctrina dice OSSORIO MORALES (11) que al no existir en nuestro ordenamiento positivo una previ- sión legal en tal sentido, no es posible admitir semejante aplica- ción extensiva, aunque no cabe desconocer la similitud de situa- ciones entre uno y otro supuesto, que haría deseable una regula- ción semejante. Otros por el contrario, como ROYO MARTINEZ (12) - piensan que "la plena asimilación a todos los efectos legales en- tre la navegación marítima y aérea, parece requerir la aplicación extensiva de la ley hasta comprender los supuestos de esta última" aunque observa, sin embargo, "que con gran frecuencia la tripula- ción y el pasaje son mucho más reducidos en los aviones que en - los buques y que no siempre los comandantes pueden abandonar su - puesto de mando durante el vuelo, por lo que habría que atemperar las reglas del testamento marítimo a estas patentes realidades. - Tal vez la solución pudiera consistir en aplicar en todo caso las

reglas del artículo 720, considerando ineficaz el testamento si el otorgante no fallece a bordo".

A una posición semejante llega LACRUZ (13) al decir que - piensa, con Bonet, que el testamento del artículo 731 si sería - aplicable al supuesto de navegación aérea siendo tan absoluta la identidad de razón.

Por otra parte, la referencia conjunta a estos dos tipos de navegación del artículo 11 del Código Civil en su actual redacción y del artículo 38 nº 2º del Código de Justicia Militar podría contribuir a este criterio.

IV.- FORMAS

Cabe observar que existe alguna confusión y falta de método en los preceptos reguladores del Testamento Marítimo, sobre todo si tales preceptos se comparan con los que regulan el Testamento Militar. De todos modos, un estudio de las normas reguladoras del Testamento Marítimo, nos lleva a advertir que se admiten, con toda claridad, dos situaciones distintas para los efectos testamentarios de la persona que se halla embarcada: una, de normalidad dentro de la vida a bordo y otra, de riesgo inminente por el peligro de un naufragio. Dentro de la primera situación se puede testar en la forma abierta, en la cerrada y en la ológrafa, según las reglas que detallan los artículos 722 al 730.

Si bien la persona embarcada puede testar en la situación de normalidad en las tres formas, abierta, cerrada y ológrafa, el Testamento Marítimo propiamente tal admite solo dos formas: el - abierto y el cerrado, pues la referencia que al testamento ológrafo hacen los artículos 724 y 729 del Código Civil no significa -

que existan particularidades para la forma testamentaria ológrafa cuando la utilicen los que vayan a bordo, sino que el Comandante o Capitán intervienen en orden a la adopción de medidas para la constancia de la existencia (artículo 724), la custodia y el buen curso (artículo 729).

La segunda situación, la de anormalidad que supone un -- riesgo inminente de naufragio, implica no ya que no resulte posible el cumplimiento de las solemnidades testamentarias normales, sino que incluso resulta imposible el seguir los trámites sencillos que el legislador ha establecido para la testamentifacción a bordo en la situación de navegación con normalidad. En tan críticos instantes el Capitán no puede distraer su atención de lo que en ese momento es su función primordial, salvar el buque y con él la vida de los tripulantes y pasajeros expuestos a los peligros -- de una muerte segura. En una situación de inminente naufragio, se rán tantos los individuos que quieran disponer sus últimas voluntades, que el Contador del Buque de Guerra no podrá atender a todos los que requieran sus funciones autenticadoras. La consignación por escrito de la postrera voluntad y la intervención representativa del poder público del Capitán o Contador no se pueden -- obtener en los desasosegados y angustiosos momentos en que deben adoptarse medidas que atemperen lo más posible los desgraciados -- efectos que acompañan a todo siniestro marítimo.

Es legislador ante las críticas circunstancias, establece el testamento abierto verbal del artículo 730 aplicable solamente cuando haya próximo peligro de naufragio provenga, como señala Gu tiérrez de la Cámara (14), de la causa que proviniere, considerando la situación de los tripulantes, oficialidad y pasaje del buque en estos críticos instantes muy análoga a la de los militares durante una batalla, asalto, combate, y en general, ante el peligro de acción de guerra, prescindiéndose entonces, y en el acto -- de otorgarse el testamento, de la intervención de la indicada representación del poder público, o sea, del Capitán (o Contador),

cuya atención en aquellos momentos se halla aplicada y completamente absorta en el salvamento de la embarcación y de su carga, tripulación y pasaje.

No existen especialidades del Testamento Marítimo en las legislaciones forales, ya que en cuanto Testamento excepcional se otorga lejos de los dominios del Derecho común y del foral; pero aunque así no fuese, por el simple hecho de usarse en el mar, habida cuenta de la imposibilidad de acudir a otra forma testamentaria normal, ha de entenderse que ése es el único modo de ordenar la última voluntad en tan concretas y particulares circunstancias sin que la elección, en la gran mayoría de los casos, resulte posible. Y así, aún hallándose el buque en las costas de una provincia marítima sujeta a la legislación foral, se impondría el uso del Testamento Marítimo, en cuanto excepcional, según lo regula el Código.

Adviértase, naturalmente, que el anterior comentario se refiere exclusivamente a la forma de los testamentos; en cuanto al contenido de éstos, subsistirán las reglas generales del Derecho aplicables en cada caso, igual se trate de marinos que de simples ciudadanos españoles.

A) Testamento ordinario abierto o cerrado

Los testamentos, sean abiertos o cerrados, que otorguen todos los que vayan a bordo de un buque militar, ya pertenezca el otorgante a la marina de guerra, ya se trate de una persona que viaje en el buque por cualquier motivo sin pertenecer a los cuadros de la Armada, serán autorizados por el Contador del buque, o el que haga sus funciones. El cargo de Contador representaba en el buque, al publicarse el Código Civil, el cuerpo Administrativo de la Armada que se regía por el Reglamento de 16 de Febrero de 1885. Posteriormente, este Cuerpo se desdobló en el de Intenden--

cia y el de Intervención, conservando el primero de ellos funciones fedatarias en el ámbito de la Armada, hasta que, por Decreto de 5 de Diciembre de 1975, se aprueba el Reglamento del Cuerpo de Intervención de la Armada, en el que se otorga las funciones fedatarias, dentro de la marina de guerra, cuando se desarrollen en tierra firme a este Cuerpo, excluyéndose la realización de las mismas a bordo por los Interventores de la Armada.

Consecuente con ello, el cargo de Contador no es desempeñado por un Interventor de la Armada, sino por el habilitado del buque, que pertenece siempre al Cuerpo de Intendencia de la Armada.

El testamento marítimo, otorgado a bordo de un buque de guerra, previsto en el artículo 722 del Código Civil, en resumen viene a suponer la aplicación de las reglas establecidas para el testamento militar, con la única diferencia de la persona que ha de ejercer las funciones notariales, y de la mayor garantía que presta la intervención del Comandante del buque cuando el testamento fuere otorgado en barco de guerra, cuyo Comandante ha de poner su visto bueno.

Como en el buque de guerra el Contador tiene Jefe superior, que es el Comandante, éste o quien haga sus veces pondrá el Visto Bueno al testamento, lo que simplemente significa dar fe de la firma de dicho Contador. En los buques mercantes no se precisa esto, porque no hay autoridad superior a la del Capitán o patrón.

Como la necesidad que motiva la especialidad de estos testamentos subsiste lo mismo en los viajes hechos en barcos de guerra que los que se llevan a efecto en buques mercantes, el Código ha tenido que ocuparse de ambos casos, y en consideración a la distinta organización de los buques, ha encomendado al Capitán de los mercantes el otorgamiento, como la persona más idónea para

ello.

Tratándose de un buque mercante, autorizará el testamento el Capitán o el que haga sus veces, comprendiéndose en esta última frase, no solamente el piloto o contramaestre, cuando en su caso hayan de asumir el mando de la nave o sustituir a dicho Capitán en la formalización del testamento, sino también los que suelen llamarse "patrones" por mandar buques de menor tonelaje e importancia.

En virtud del artículo 627 del Código de Comercio, el piloto, como segundo jefe del buque, y mientras el naviero no acuerde otra cosa, sustituirá al Capitán en los casos de ausencia, enfermedad o muerte, y entonces asumirá todas sus atribuciones, obligaciones y responsabilidades. El contramaestre, con arreglo al artículo 633 del Código de Comercio, tomará el mando del buque, en caso de imposibilidad o inhabilitación del Capitán y piloto, asumiendo entonces sus atribuciones y responsabilidad. De esta suerte se armoniza el Código de Comercio con nuestro artículo 722, al aludir éste a los que hagan las veces del Capitán.

Pudiera encomendarse a los llamados sobrecargos, en los buques mercantes, la autorización de los testamentos que en éstos se otorgasen, porque las funciones de esos empleados equivalen a las del contador en los buques de guerra: Según el artículo 649 - del Código de Comercio, los sobrecargos desempeñarán a bordo las funciones administrativas que les hubiere conferido el naviero o los cargadores, cesando las facultades y responsabilidad del Capitán con la presencia del sobrecargo, en cuanto a la parte de administración legítimamente conferida a éste, y subsistiendo para todas las gestiones que son inseparables de su autoridad y empleo. Pero supongo que no se ha adoptado tal disposición, por no ser el empleo de sobrecargo muy común en los buques mercantes, ya que solo suele haberlos en los de gran tonelaje, que se dedican a nave-

gaciones largas y hacen el comercio de transporte de mercancías - en grande escala.

Una duda que pudiera suscitarse es si en el caso de que - en la embarcación navegara un notario, podría ser éste el autorizante con preferencia al fedatario excepcional y ante su mejor aptitud. Entiendo que no podría ser autorizante el notario, pues no concurriría en él la característica de ser hábil al no estar dentro de su demarcación notarial.

El testamento otorgado por el Contador o Capitán, será autorizado por quienes deban sustituirlos en el cargo, lo que resulta lógico ya que sería un contrasentido y una aberración jurídica que otorgante y autorizante, en un acto de trascendencia jurídica, fueran la misma persona. En cualquier caso la norma del artículo 723 es clara y correcta, y solamente se le puede objetar que debía haberse recogido como un apartado del artículo anterior.

Requisito común a los testamentos hechos en buques de guerra y en buques mercantes es la presencia de dos testigos. Pero - sobre el texto del artículo 722, haré algunas precisiones.

En primer lugar, la situación de la exigencia de que los testigos vean y entiendan al testador es equívoca, pues pudiera - inducir a pensar que dicha exigencia solamente se planteaba respecto al testamento otorgado a bordo de un buque de guerra, cuando también los testigos de los testamentos otorgados en buques mercantes, como es lógico, deberán ver y entender al testador.

Pero es que además, la mención resulta superflua, pues si se dice que los testigos han de ser idóneos, el requisito de la idoneidad viene referido al cumplimiento de las circunstancias - del artículo 681 del Código Civil y, entre ellas, las que llevan los números 3 y 4 implican que los testigos vean y entiendan al -

testador.

Por otra parte, tampoco es posible referir plenamente el requisito de la idoneidad a la no inclusión en alguno de los casos previstos en el mencionado artículo 681 del Código Civil, pues todo testigo tendrá su domicilio fuera del lugar de otorgamiento y se verá incluido, por tanto, en el número dos de dicho precepto, que exige a los testigos la cualidad de vecinos o domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la Ley cuando, en el presente caso, no hay excepción alguna determinada. No obstante, la realidad y la lógica la establecen, porque la nota de vecindad o domicilio no puede darse entre los que van en un buque.

Asimismo respecto del número siete de dicho artículo, única-mente cabe admitir el parentesco con el contador, pues los amanuenses de la habilitación no los retribuye aquél de su peculio, y la confianza que puede existir entre un notario y sus criados o dependientes no debe darse en las relaciones de subordinación que debe haber entre el habilitado y los suyos. Estos son auxiliares de la función, no de la persona del contador. Lo mismo podría decirse respecto al parentesco con el Capitán.

Los testigos han de ser elegidos, siendo posible, entre los pasajeros porque éstos en principio han de intervenir con mayor imparcialidad en la ordenación de las últimas voluntades hechas a bordo, y además, como no desempeñan función alguna en el buque, es más fácil tenerlos dispuestos para el momento en que su testimonio sea preciso. Dado que siempre se procurará elegir como testigos a personas de vida socialmente ordenada y domicilio fijo y conocido, podrán ser localizados y logrado su testimonio, cuando fuese necesario, con más facilidad que quienes tienen el mar por escenario de su profesión y se encontraran normalmente en él cuando se precise su presencia en tierra.

Si no existen pasajeros, habrá que acudir a la llamada "dotación", que según el artículo 648 del Código de Comercio, la componen todos los individuos embarcados (en los buques mercantes) - de Capitán a peaje, necesarios para la dirección, maniobras y servicios de la nave, estando, por lo tanto, comprendidos en dicha dotación la tripulación, los pilotos, maquinistas, fogoneros y de más cargos de a bordo no especificados; pero no lo estarán los pasajeros ni los individuos que el buque llevare de transporte.

Entendiendo que podrá ser testigo cualquier pasajero, o - en su defecto cualquier miembro de la dotación que no sea el autorizante, mayor de edad que no sea incapaz de ver o entender al - testador, ya sea por ser ciego, sordo, no entender el idioma del mismo o por cualquier otra causa, o no pueda expresar lo que el - testador manifestase por ser mudo, que no haya sido condenado por falsedad o se halle sufriendo pena de interdicción civil, como - principal o accesoria; tampoco podrá ser de los designados herederos o parientes de ellos hasta el cuarto grado de consaguinidad o o segundo de afinidad, si es testamento abierto.

Uno de los dos testigos, por lo menos, ha de poder firmar, y lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe o no puede hacerlo, según previene el párrafo cuarto del artículo 722.

Si el testamento fuera abierto, preceptua el párrafo quinto, se observará además lo prevenido en el artículo 695. Aquí surge la duda. Según el párrafo cuarto el testigo que puede firmar - lo hará por sí y por el testador; pero no se dice nada de que tanbién lo deberá hacer por el otro testigo que no pudiera firmar. - Por otra parte, el artículo 695 determina que cuando uno de los - testigos no pueda firmar, lo hará por él aquel testigo que pudiera hacerlo u otra persona. La posibilidad de que firme otra persona en lugar del testador no se contempla en el párrafo cuarto del 722, aunque el párrafo quinto se remita al artículo 695 que sí la contempla.

Algún autor, como Mucius Scaevola, considera que si llega se el caso el testigo que pudiera firmar pondría su firma primero por lo que se refiere a él mismo, repitiéndola después por cada uno de los que no sepan o no puedan firmar, es decir, por el testador y por el otro testigo (15).

Entendiendo que la doble posibilidad que establece el artículo 695, la firma sustitutiva del testigo instrumental que pueda hacerlo o la de otra persona, no es de aplicación al testamento marítimo abierto pues por las razones que fuera, sin duda la simple precipitación con que se redactó nuestro primer texto legal, el legislador la rechazó en beneficio exclusivo del testigo.

Pero dado que el párrafo cuarto del artículo 722 no establece ninguna regla a seguir para suplir la firma de un testigo - que no pueda firmar, creo que habrá de acudirse al procedimiento previsto para estos supuestos por el artículo 695. Si se ha previsto la asistencia de dos testigos, deberá figurar dos firmas - que acrediten la intervención de esos dos testigos, una de ellas la autógrafa de uno de ellos y otra, si llega el caso, estampada por el mismo testigo autor de la anterior o por otra persona, pero actuando en lugar del testigo que no pueda firmar y dando fe de esta circunstancia el autorizante. La existencia de dos firmas como correspondientes a los testigos, junto a la dación de fe por el fedatario de la circunstancia de haber firmado el otro testigo u otra persona en lugar del testigo que no pueda hacerlo, acreditará el cumplimiento de la exigencia legal de asistencia de dos testigos.

Resulta a mi entender muy sencillo acudir al 695 para suplir la omisión del párrafo cuarto del 722, cuando en el párrafo siguiente de este último se produce la remisión al primero.

En consecuencia, estimo que cuando uno de los dos testigos no pueda firmar el testamento marítimo abierto, lo hará en su lu-

gar el otro testigo u otra persona. El acudir a la firma de otra persona resultará particularmente lógico en aquellos casos en que por no poder firmar el testador, el testigo que pueda firmar lo - haya hecho ya dos veces en el testamento, pues siempre sería una medida de prudencia, en orden a la posterior identificación del - testamento, que figure otra persona distinta a la del testigo que pueda firmar.

Lo mismo que he resaltado respecto al testamento marítimo abierto y su relación con el artículo 695, puede ser predicado - respecto al testamento marítimo cerrado en virtud de la remisión del párrafo último del 722 a la sección sexta y en relación con - la formalidad del número cinco del artículo 707 de esta sección.

La referencia del párrafo cuarto del artículo 722 a la - firma del testamento, obliga a considerar que el testamento marítimo abierto siempre será escrito, aunque nada diga al respecto - ni este artículo ni alguno otro de la sección.

Ya señalé la remisión del artículo 722 al artículo 695. - Este regula la forma del otorgamiento de los testamentos abiertos en los casos ordinarios. Expresará el testador de palabra su última voluntad ante los testigos y el que autorice ésta; designándose el año, mes, día y hora de su otorgamiento, leyéndose el testamento ya redactado a los presentes y firmando éstos. El Contador o Capitán cuidarán de hacer constar la capacidad legal del testador. No haciéndose referencia mas que al artículo 695, se suscita la duda de si es posible aplicar el artículo 696, que regula la - forma de testar abierta por medio de minuta que lleve preparada - el testador y con arreglo a la cual se redacta el testamento.

Creo que si, pues representa una ventaja para todos, para testador, testigos y funcionario que suple la fe notarial y hasta para los interesados en la herencia, que quien se halla embarcado

tenga ya dispuesta su última voluntad redactada en momentos de --
tranquilidad y mayor reflexión, sin que al otorgar definitivamente aquélla quede más que la lectura del escrito, completándose --
los requisitos que falten y la suscripción de las personas que de
ben hacerlo.

Cierto es que hoy día, en que los viajes por mar se han --
hecho tan seguros, que las personas los hacen en ocasiones por me--
ro placer, no será frecuente encontrar personas tan prevenidas --
y prudentes que antes de embarcarse redacten una minuta o borra--
dor de sus disposiciones testamentarias, por si acaso llega la --
ocasión, encontrándose a bordo, en que precisaren otorgar testa--
mento. No obstante, existirán viajes por zonas polares, selváti--
cas, que se hallen en conflicto bélico, o en las que concurren --
otras circunstancias, que induzcan, aún a espíritus no excesiva--
mente precavidos, a redactar un borrador o apunte de un posible --
testamento. Circunstancias imprevistas de índole personal o fami--
liar podrán hacer conveniente, en vísperas de un viaje largo por
mar, el otorgamiento de testamento cuando la proximidad de dicho
viaje impide la autorización por un notario. La misma minuta de --
escritura pública que se haya redactado en este último caso, o el
borrador que el viajero hubiera confeccionado en previsión de que
se viera en la necesidad de otorgar testamento durante el viaje,
podrá servir como minuta del artículo 696, que no solamente no se
deberá despreciar sino que deberá servir de base para una mejor --
redacción del testamento marítimo.

Creo que en este caso nos encontramos ante uno de los su--
puestos en que la redacción del Código Civil es insuficiente y ha
de ser complementado con elemental lógica jurídica que, lejos de
sobrepasar los rígidos márgenes que una norma de excepción requie--
re, contribuye a dar al testamento marítimo mayores garantías con
tra abusos que pudieran menoscabar la propia subsistencia de esta
forma de testar. En consecuencia, opino que será perfectamente po--
sible aplicar el artículo 696 al testamento marítimo, lo mismo --

que los artículos 697 y 698, pues no hay motivo alguno para negar la testamentifacción a un sordo o ciego que vaya a bordo y se encuentre afectado por las circunstancias que configuran el testamento marítimo.

La lectura del testamento, en el del ciego, la verifica - el Contador, Capitán, o los que hagan sus veces en esas funciones, y la repetirá uno de los testigos, si saben y pueden, u otra persona que designe libremente el testador. Tratándose de los sordos, leerán estos, si saben y pueden, su última voluntad, o en otro caso, cualesquiera otros dos tripulantes o pasajeros.

Asímismo, el principio de unidad de acto, que como garantía establece el artículo 699, entendido en un sentido correcto, como realización sin interrupción importante de la lectura del - testamento redactado, manifestación de conformidad del testador y firma por éste y los testigos, también puede ser de aplicación a la forma testamentaria que analizo.

Por ello, considero que mas conveniente hubiera sido, que el legislador se remitiera a la sección quinta al tratar del testamento marítimo abierto, de igual manera que se remite a la siguiente sección cuando se refiere al cerrado. Quizás el redactor del - Código no efectuará la remisión global en consideración a la regulación, en la sección quinta, de otras formas testamentarias, como son los testamentos a peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia. No obstante, entiendo que una remisión a la sección quinta hubiera sido preferible a la que efectúa al artículo 695, pues ante dos normas de igual rango, la particular prima sobre la general; las formalidades previstas para el testamento marítimo - hubieran excluido las previstas en la sección quinta para el testamento en peligro de muerte y en tiempo d epidemia; se hubiera entendido claramente que la remisión era al resto de las normas - de la sección. Con ello se hubiera regulado de modo más completo la forma testamentaria que el artículo remisor, el 722, trata, y

no se hubiera ofrecido la posibilidad de, en una interpretación - rigorista, restrictiva y literal, que no considero correcta aunque sí posible, negar la posibilidad de entregar al autorizante - excepcional una minuta que facilite la redacción del testamento - de acuerdo con la voluntad del otorgante, y negar, asimismo, la - facultad de testar a bordo de un buque a un ciego o a un sordo, - cuando es notorio que al otorgar un testamento marítimo, por im- - plicarlo las circunstancias que lo hacen jurídicamente válido, no se hace por capricho o conveniencia, sino por real necesidad.

Tampoco son de aplicación al testamento marítimo cerrado, alguno de los preceptos de la sección sexta, a la que se remite - el artículo 722, y el legislador utilizó este procedimiento de re - misión global.

En efecto, de la sección sexta hay que excluir algo más - que lo relativo al número de testigos e intervención del notario. Hay que prescindir también de la prescripción que ordena la anota - ción del testamento en el protocolo reservado del notario, porque nada de eso, ni cosa análoga, puede hacerse a bordo; la que auto - riza la entrega de dicho testamento al notario, para que este lo presente después al Juez de Primera Instancia correspondiente, y la que fija la sanción contra aquellos particulares que no hacen la presentación en tiempo oportuno. De la referida sección sexta solo, en consecuencia, procede aplicar los artículos 706 a 709, y, en forma de aplicación análoga, el 715.

Otorgado el testamento marítimo es preciso conservarlo y garantizarlo contra posibles extravíos y adulteraciones de sus -- cláusulas. El artículo 724 tiene por objeto determinar lo que debe hacerse para la conservación y custodia de los testamentos - - abiertos, y para la constancia del otorgamiento de los cerrados y de los ológrafos, como medios para evitar extravíos en el primer caso, y de asegurar en todos ellos la efectividad de la disposi- - ción testamentaria, pero constituye un precepto inexacto e incom-

pleto que es preciso analizar con detalle.

Según dicho artículo el testamento abierto ha de ser custodiado por el Comandante o Capitán cuando haya sido autorizado - "en alta mar". La precisión de lugar podría hacer pensar que los testamentos marítimos abiertos otorgados lejos de puerto o tierra son los únicos que forzosamente han de ser custodiados por el Comandante o por el Capitán, quizá por el mayor cuidado y garantía que merecen, dada la distancia en que aún se halla la nave de - - puerto.

En los proyectos de Código Civil de 1851 y 1882, existía la expresión "en alta mar", suprimida en el texto definitivo del artículo 722, lo que induce a pensar que inadvertidamente se conservó la frase en el artículo que comento.

Creo que la referencia a alta mar ha sido un desliz del - legislador, porque si la distancia hubiera impulsado a los redactores del Código a determinar que el autorizante custodiara el - testamento como garantía, esta cautela se hubiera puesto para todos los testamentos, incluso para el cerrado y el ológrafo, aunque el testador no falleciera en viaje, ya que iguales peligros de extravío, por razón de la distancia, soporta un testamento abierto, que uno cerrado u ológrafo. Creo, en base a la comparación del artículo 724 con los que le siguen, que el legislador ha querido diferenciar los testamentos, en cuanto a su conservación, por razón de su naturaleza. Los testamentos abiertos son conocidos en su - contenido, podrán por ello tener más enemigos que tendrán más posibilidades de alterarlos. Los testamentos cerrados son secretos en cuanto a los términos de la disposición testamentaria, por lo que más difícilmente surgirán estas personas, y en cualquier caso tendrán más obstáculos para conseguir sus propósitos. Los testamentos ológrafos normalmente no tienen publicidad alguna y por - otra parte su carácter manuscrito supondrá un grave inconveniente para quien quiera alterarlos. Por eso creo que el legislador ha -

considerado que, en el caso de los testamentos cerrados y ológrafos, es suficiente garantía que, si el testador así lo desea, que den en su poder y solamente sean recogidos, para su custodia, por el Contador o Capitán, cuando el otorgante falleciere. Por el contrario, creo que el redactor del Código, ante los mayores riesgos que acechan a un testamento abierto, ha querido fijar las máximas garantías, decretando su custodia por el autorizante en todo caso, si bien se ha deslizado en la redacción la desafortunada mención de lugar, por otra parte única en la sección octava relativa al - testamento marítimo.

Además de la custodia en todo caso del testamento abierto, el Comandante o Capitán del buque harán mención de los testamentos ológrafos, abiertos y cerrados en el "Diario de navegación". Este, según el artículo 612, regla 3ª, del Código de Comercio, es un libro foliado y sellado, al principio del cual existe una nota expresiva del número de folios que contenga, firmado por la autoridad de Marina, o por la autoridad competente, en el que se irán - anotando día por día el estado de la atmósfera, los vientos que - reinen, los rumbos que se hacen, el aparejo que se lleva, las - - fuerzas de las máquinas con que se navegue, las distancias navegadas, las maniobras que se ejecuten y demás accidentes de la navegación, así como, entre otros particulares, los acuerdos que se - tomen en caso de resolución grave que exija asesorarse o reunirse en junta a los oficiales de la nave, y aún a la tripulación y los pasajeros. Entre los accidentes de la navegación puede considerarse el otorgamiento de un testamento; y justo es, por tanto, que - se le anote como uno de los extremos del historial del viaje.

Sin embargo, dada la índole reservada del testamento ológrafo, no será posible hacer mención de él en el diario de navegación sino cuando el mismo testador lo solicite; pero si este fallece durante el viaje, el Comandante o Capitán del buque deberá recoger dicho testamento y anotarlo en el diario con lo demás que previene el artículo 729, de conformidad con el artículo 705 ---

del Código de Comercio y con dicho artículo 729 del Código Civil.

Respecto a los testamentos otorgados en los buques de guerra, ya el artículo 15 del título 6º del tratado 6º de las Ordenanzas de la Armada antes citadas, prevenía que el Contador llevase un libro en que escribieran los testamentos, lo que corrobora una Real Orden de 14 de Agosto de 1751.

La anotación en el Diario de la Navegación no es necesario que recoja todas y cada una de las clausulas del testamento marítimo, aparte de que ésto no resultaría posible, cuando se tratase de los testamentos cerrados, y de los ológrafos que permanecerían secretos.

Es por ello que basta consignar en el Diario de Navegación el hecho de haber otorgado un tripulante, pasajero o cualquiera - de los que vayan a bordo, su última voluntad en cualquiera de las formas admitidas, ante el Contador o Capitán del buque, cuando proceda su intervención, y ante los testigos idóneos, cuyos nombres conviene también que se consignent, así como el punto en que se haya llevado a cabo el otorgamiento del testamento, con mención de la longitud y latitud que señalen los instrumentos náuticos.

Como consecuencia de la llegada a puerto, se producen determinados efectos regulados en el artículo 725 del Código Civil, a cuyo tenor:

Si el buque arribase a un puerto extranjero donde haya -- Agente diplomático o consular de España, el Comandante del de guerra, o el Capitán del mercante, entregará a dicho Agente copia - del testamento abierto o del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento o del acta deberá llevar las mis-

mas firmas que el original, si viven y están a bordo los que firmaron; en otro caso será autorizada por el Contador o Capitán que hubiese recibido el testamento, o el que haga sus veces, firmando también los que estén a bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente diplomático o consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, y, cerrada y sellada la copia del testamento o la del acta de otorgamiento si fuere cerrado, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministro de Defensa, quien mandará que se deposite en el Archivo de su Ministerio.

El Comandante o Capitán que haga la entrega recogerá del Agente diplomático o consular certificación de haberlo verificado y tomará nota de ella en el Diario de Navegación.

Y seguidamente y para el supuesto de arribada a puerto español, establece el artículo 726 del Código Civil:

"Cuando el buque, sea de guerra o mercante, arribe al primer puerto del Reino, el Comandante o Capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado a la Autoridad Marítima local, con copia de la nota tomada en el Diario; y si hubiere fallecido el testador, certificación que lo acredite.

La entrega se acreditará en la forma prevenida en el artículo anterior, y la Autoridad Marítima lo remitirá todo sin dilación al Ministerio de Marina". Dado que el artículo 2 del Decreto 1558/77 de 4 de Julio, por el que se crea el Ministerio de Defensa, recoge como de este las competencias que venían desempeñando los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, las alusiones legales al Ministro de Marina deberán ser referidas al Ministro de Defensa, lo que haré en lo sucesivo.

El Código distingue que el buque llegue a puerto extranjero, o a puerto español. En el primer caso, prevista la circunstancia del arribo a un puerto de otra Nación, o cuando, por un temporal o borrasca, por el estado de la embarcación o por cualquier otro motivo sea preciso atracar en el extranjero, hay que sacar copia del testamento marítimo abierto, expidiéndose también copia del acta de otorgamiento del cerrado. No será necesario este trámite cuando el buque vaya por voluntad de sus armadores o jefes, o forzosamente a un puerto español.

Si al otorgarse el testamento se sabe ya que la nave va en dirección al extranjero, es conveniente que se extienda dicha copia del testamento, o copia del acta, para que pueda llevar las mismas firmas que el original. Pero el artículo 725 parece que también prevee que dichas copias no se redacten hasta algún tiempo después del otorgamiento, bien porque se pretendiera arribar a las costas españolas, y luego no fuera posible, bien por otra causa.

En previsión de ésto establece el legislador que las copias llevarán las mismas firmas del original, si viven y están a bordo los que lo firmaron porque si no, basta que lo autorice el Contador en los buques de guerra y el Capitán en los mercantes, firmando todos los que sea posibles encontrar a bordo de los que intervinieron en el testamento otorgado.

No constituye vicio de nulidad el que la copia esté suscrita por Contador o Capitán distinto del que firmara el original, siempre que al copiarse el testamento desempeñen esos cargos en propiedad o interínamente.

A continuación del duplicado del testamento o del acta, vendrá la copia de la nota tomada en el Diario de navegación, para acreditar que en su debido tiempo se ha cumplido el requisito

de la mención del testamento en el expresado libro, sin la cual -- bien pudiera sospecharse que no reúne aquél todos los caracteres de autenticidad necesarios.

El requisito de la copia del testamento abierto, o del acta de otorgamiento del cerrado, representa una medida de precau-- ción propia de la situación que ofrecía la navegación en las épocas en que se redactó el Código, con peligros muy superiores a -- los que se dan hoy día. Pero aunque pudiera resultar en la época actual un poco excesivamente prudente esta norma, tiene la ventaja, cuando menos, de dar una constancia actualizada de las disposiciones de última voluntad, en los casos en que el buque tardara en arribar a puerto español.

Precisamente la forma en que se emite la copia del testamento abierto, cuando el buque no arriba a puerto español, con -- las mismas firmas del original, entre las que figurará, naturalmente, la del Contador o Capitán, y con la autorización de la copia a la que faltare alguna firma, es toda una garantía, que se -- complementa con el depósito en los archivos del Ministerio de Defensa. Esta copia depositada normalmente no producirá efectos, -- pues ésto corresponderá al testamento original, que, recogido por el Contador o Capitán después de su otorgamiento, será custodiado y entregado a la autoridad local marítima española y remitido al Ministro de Defensa, quien adoptará la iniciación de los trámites para su eficacia. Pero si por alguna razón el testamento original se extraviase, como la copia es fehaciente y tiene todas las exigencias para ello, podrá producir los efectos del original extraviado. Esta creo que es la explicación a la exigencia legal de -- una copia con determinados requisitos formales en orden a la constancia de su autenticidad y a la conservación.

Lo que ya no tiene para mí tanta explicación es que el legislador establezca estos mismos requisitos para la copia del acta de otorgamiento. Supóngase que el testamento antes de la reco-

gida prevenida por el artículo 729, o con anterioridad a su entrega por el Contador o Capitán a la autoridad marítima local española, o en el envío al Ministro de Defensa, se extraviase. El Ministro tendría, en el caso de que el primer puerto de arribo fuera extranjero, una copia archivada con las precitadas formalidades, pero sólomente referida al acta de otorgamiento, por lo que los términos de la disposición de última voluntad no se conocerían. En este caso no se me alcanza otra utilidad de la copia archivada del acta de otorgamiento, que la de su eficacia en relación con la revocación de un posible testamento anterior, de conformidad con el artículo 739, ya que dicha copia autorizada acreditaría que había existido un testamento posterior perfecto. No obstante el principio de favorecimiento de la sucesión testada, me impide manifestarme en favor de esta explicación.

Ya he dicho que el testamento abierto, considero, siempre ha de ser custodiado por el autorizante. Sobre el testamento ológrafo, por su propia naturaleza, no podrá adoptarse ninguna medida en favor de su seguridad cuando el otorgante no lo entregue al Contador o Capitán para su custodia, salvo la que el artículo 729 determina cuando el testador fallece y que adoptará el Contador o Capitán si saben de su existencia. En el testamento cerrado podría adoptarse otra medida de cautela consistente en que el autorizante se quedara con copia del acta de otorgamiento, con independencia de la copia que debería entregar al Agente diplomático del puerto extranjero de arribada. Esta práctica estaría amparada por el último párrafo del artículo 722, que remite a la sección sexta anterior, en la que el 710, exige que el autorizante se quede con copia del acta de otorgamiento. Acomodando la norma del artículo anterior, el Comandante o Capitán autorizante debería hacer lo mismo.

En todo caso la utilidad práctica de esta medida sería muy escasa en cuanto que la segura conservación del acta de otorgamiento de poco vale si el testamento cerrado es conservado, después -

de su autorización, por el otorgante y llegara a extraviarse.

Para salvaguardia de los expresados Comandante y Capitán, así como del Agente Diplomático o consular, ha de acreditarse la entrega del duplicado testamentario aún sin necesidad de que haya ocurrido todavía el fallecimiento del testador. Si éste dejó de existir, aunque nada de ello indique el artículo 725, el Comandante o Capitán, del propio modo que ordena el 726 para cuando el buque toque en puerto español, pondrán en manos del agente diplomático o consular certificación de defunción, al mismo tiempo que hagan entrega de la copia del testamento abierto o del acta de otorgamiento del cerrado.

A su vez el Agente diplomático o consular, para justificar que ha recibido el duplicado del testamento marítimo, extenderá diligencia que quedará depositada en su archivo, en la cual sucintamente expresará que, según manifestación del Comandante o Capitán D. Fulano de Tal, del buque (cuyo nombre se indicará) la copia que se presenta es literal de un testamento abierto, o del acta de otorgamiento de uno cerrado, otorgados a bordo. Esta diligencia quedará depositada en la cancillería, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 725 del Código Civil español: Firmarán esa diligencia el Comandante o Capitán y el Agente diplomático o consular, y la misión de los primeros, por el pronto quedará terminada; la de los segundos se limitará después a remitir esa copia testamentaria, por el conducto correspondiente, o sea, por el de sus jefes jerárquicos en la nación extranjera en que sirvan, los cuales la enviarán al Ministerio de Asuntos Exteriores español, y éste se dirigirá, por último, con el mismo objeto, al Ministerio de Defensa, quien recibirá dicha copia para depositarla en el Archivo del Ministerio, hasta que resulte acreditado el fallecimiento del testador, si es que no se acompañara la certificación correspondiente de defunción con el duplicado testamentario.

El Comandante o Capitán del buque justificarán por su parte

te el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 725 con un recibo, en forma de certificación, que de lo entregado le expida el - Agente diplomático o consular con quien se hubiere entendido en - el expresado acto; conservando tal comprobante, para poder hacerlo valer por su parte, cuando corresponda, extractará sustancialmente su contenido en el Diario de navegación.

Si en el punto a que arribase el buque hubiera dos representantes de esa naturaleza, diplomático y consular, sería indiferente presentar el duplicado testamentario a uno de ellos, aunque parece más propia la presentación hecha al Agente diplomático. No habiendo ninguno de los dos, para el Comandante o Capitán será lo mismo que si no hubieran arribado a puerto extranjero: Se abstendrá cuidadosamente de entregar dicho duplicado a cualquier otro - funcionario, aunque representare a la Autoridad de España, bajo - las responsabilidades graves a que con tal acto podrían exponerse.

Aunque el Código no lo dice de una manera expresa, ésa es la solución que implícitamente se deduce de sus términos. Y no -- puede menos de estimarse así, puesto que el objeto de la entrega impuesta es para la remisión de la copia correspondiente al Ministerio de Defensa por conducto de los funcionarios citados, y no - disponiéndose en este caso de medio de comunicación oficial con - dicho Centro, no hay que practicar diligencia alguna, y por lo - tanto, habrá que esperar al arribo o escala siguiente para proceder como corresponda según las circunstancias.

En el caso de que el puerto de arribo fuere nacional, y - el otorgante español, hay que distinguir si falleció o no en la - navegación. Si no murió entonces se aplicará el artículo 726, entregándose por el jefe de la embarcación el testamento abierto - original, y el cerrado si obrara en su poder depositado, o en - - otro caso, la copia del acta de otorgamiento de éste, con copia - en una u otra hipótesis de la nota tomada en el diario de navega-

ción. Y si falleció en la travesía, entonces se entregará también con certificación que lo acredite, el testamento abierto original, el cerrado que desde antes obrare en poder del jefe de la embarcación o el que se recogiere por éste al fallecimiento si lo conservaba en su poder el testador, según el párrafo segundo del artículo 729, y el ológrafo que se hubiere recogido también en poder - del testador después de su muerte, según el párrafo primero del - artículo 729, aplicable a la sazón.

En uno y otro caso, hecha la entrega, la autoridad local de Marina, lo remitirá todo al Ministerio de Defensa.

Si antes de llegar a puerto español se arribó a puerto extranjero, se hará constar si el testador ha desembarcado o no en punto donde pudo testar en la forma ordinaria, y la fecha del desembarco para los efectos de la caducidad decretada en el artículo 730.

El Ministerio de Defensa, si el testador hubiera fallecido, lo mandará depositar en su archivo para la debida seguridad, quedando sujeto el testamento abierto, y el cerrado a la prescripción del artículo 730. Si por el contrario, hubiere muerto el testador, se aplicará lo dispuesto en el artículo 727, lo mismo si - el testamento es abierto que cerrado u ológrafo, según el artículo 729.

El original del testamento ha de entregarse siempre cerrado y sellado, aún tratándose de uno abierto. La copia de la nota tomada por el Comandante o Capitán del buque en el Diario irá en pliego aparte, lo mismo que la certificación del fallecimiento, - si hubiere lugar a ella.

La remisión de dicha copia, de la nota tomada en el Dia--rio de navegación y de la certificación del fallecimiento, en su

caso, al Ministerio de Defensa y la justificación que de la entrega practiquen el jefe de la embarcación y la Autoridad marítima local, se llevarán a cabo en la propia forma que explica el artículo 725.

El artículo 727 por una parte, no cita más que el testamento abierto, y por otra, alude al artículo 718, que lo mismo habla de aquel que del cerrado. Aunque se comprenda que la cita del artículo 718 debe de entenderse hecha con relación a la parte del mismo que se ocupa de los testamentos abiertos militares que han de elevarse a escritura pública, el artículo 727 debería preveer lo que ha de hacerse con los testamentos cerrados y con los ológrafos cuando se hallan ya en poder del Ministerio de Defensa y consta acreditada la defunción del testador, Los herederos o interesados en la herencia han de tener noticia de su nombramiento, para pedir la práctica de las diligencias de apertura y posterior protocolización.

Esta laguna lleva consigo, al menos aparentemente, la consecuencia de que los testamentos ológrafos y cerrados hechos a bordo de un buque de guerra o mercante no deben solemnizarse en ningún supuesto por el procedimiento que, en un caso, señala el presente Código y en otro la ley de Enjuiciamiento civil, sino quedar archivados a merced del olvido y como documentos sin vida ni eficacia alguna. Creo que la solución está en observar que, en todo caso, regirán los artículos 690 y 712, según los cuales, los que tengan en su poder depositados testamentos ológrafos o cerrados deberán presentarlos al Juzgado correspondiente; porque aquéllos fueron entregados ya originales por el Comandante o Capitán del buque a la autoridad marítima local, y ésta los remitió después al Ministerio de Defensa.

La misión del Juez del último domicilio que tuvo el difunto o del Juez decano de Madrid, consiste simplemente en advertir a los interesados y partícipes en la herencia que existe un testa

mento en que ellos figuran como tales, para que después voluntariamente procedan como mejor les convenga. El modo de que sea factible tal trámite en los testamentos ológrafos o cerrados que se hubieran otorgado en el mar, será considerarlos incluidos tácitamente en el artículo 727.

Cuando se acredite la muerte del testador el Ministro de Defensa acordará la iniciación de los trámites que terminarán con la protocolización del testamento. Para ello será preciso la constancia del fallecimiento del otorgante, por lo que el artículo - 727 debería haber establecido la obligación, que deben cumplir - los Comandantes en los buques de guerra y los Capitanes en los - mercantes, de remitir al Ministerio de Defensa certificación de - la muerte del que haya otorgado testamento a bordo, siempre que - esa defunción ocurriere con posterioridad a la entrega de los documentos testamentarios al Agente diplomático o consular o a la - autoridad marítima local, porque si aconteciere antes de ese momento tal certificación debe acompañar a los referidos documentos.

El artículo 728 representa una modalidad o excepción de - lo dispuesto en el artículo anterior, respecto a la remisión que del testamento recibido o archivado ha de hacer el Ministerio de Defensa. Este, tratándose de la última voluntad de un español, - mandará el pliego testamentario al Ministro de Justicia, quien - cumplirá lo ordenado en el artículo 718 respecto del testamento - militar. Mas si lo remitido es la última voluntad de un extranjero, aunque a ella no se acompañe certificación del fallecimiento, la enviará al Ministro de Asuntos Exteriores, quien, como encargado de las relaciones con las demás Naciones, la transmitirá por - conducto del representante diplomático o consular de España en el país a que pertenezca dicho extranjero, a las autoridades de aquél, que sean competentes para entender en la solemnización posterior de esa última disposición.

Igualmente se presupone, aunque el artículo 728 no haga de

ello la más ligera indicación, que en el caso de otorgarse testamento por un extranjero a bordo de un buque español, sus Comandantes o Capitanes tienen el mismo deber de anotar en el Diario de navegación el otorgamiento de esa última voluntad y de conservarla en su poder, siempre que constituya forma abierta de testar, o cuando, siendo cerrada u ológrafa, les sea entregada para su custodia.

Ateniéndose al texto del 728, los pasos que debe seguir el testamento otorgado por un extranjero en buque español, hasta llegar a poder del Ministerio de Defensa, son los mismos que los que sigue el testamento cuando el otorgante es español. La duda se plantea cuando el buque, antes de tocar puerto español, que es la ocasión en que el jefe de la nave autorizante entrega a la autoridad marítima local el original del testamento, arribare a -- puerto perteneciente al país del que el otorgante es natural. Aunque el legislador no haya establecido diferencias, creo que la entrega a la autoridad marítima local del país del que el otorgante extranjero es oriundo, contribuiría a conseguir el mismo resultado con mayor rapidez, pues esta autoridad podría remitirlo, a -- quien fuera competente para entender de la solemnización, mucho antes de la llegada a través de los Ministros de Defensa y Asuntos Exteriores españoles y de los posteriores cauces diplomáticos. No obstante, mientras no tuviera lugar la correspondiente modificación legal, el autorizante no podrá hacer otra cosa que cumplir los artículos 725 y 726.

El artículo 728 no regula las solemnidades del testamento que un extranjero otorgue a bordo de un buque español. Dichas solemnidades se presuponen ya: serán las que correspondan según -- nuestra legislación, por ser aplicable entonces el estatuto formal, locus regit actum, considerado el buque como una prolongación del territorio español, a no ser que tratados internacionales establezcan otra cosa. El párrafo segundo del apartado prime-

ro del artículo 11 correspondiente al Título Preliminar del Código Civil en su redacción dada por el Decreto de 21 de Mayo de 1974, establece que: "Si tales actos (los testamentos entre ellos) fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan.

Sin duda el artículo 729 debía ocupar el lugar del anterior artículo 728, pues su inclusión después de la regla prevista para el testamento otorgado en buque español por extranjero, que establece este último artículo, y la referencia que a éste hace - el 729 en su párrafo primero, induce a confusión. Pudiera parecer, en una interpretación no meditada y rigurosamente acomodada a la letra, que el 729 continuaba refiriéndose al testamento otorgado por un extranjero a bordo de un buque español. Creo que no es así. Una interpretación ajustada estrictamente a la letra entiendo podría soslayarse considerando que la frase "... para los efectos prevenidos en el artículo anterior..." del párrafo primero del artículo 729, hace referencia a la frase del artículo 728: "... para que... se le dé el curso que corresponda". Es decir, los efectos prevenidos en el artículo 728, a que se refiere el 729, son las actividades encaminadas a que el testamento llegue a ser eficaz, del 727.

Al prevenir el artículo 729 que si fuere ológrafo el testamento se entregue a la autoridad marítima local del primer puerto español a que arribe el buque cuando hubiere fallecido el testador, para los efectos prevenidos en el "artículo anterior", se refiere, sin duda alguna, no al 728, que únicamente trata del testamento otorgado por un extranjero, cuyo curso es distinto, sino al 727, que es aplicable.

Los testamentos abiertos marítimos serán siempre custodiados por el Comandante o Capitán, según señalaba al tratar del ar-

título 724. Puede ocurrir respecto de los cerrados que los custodie el Comandante o Capitán, porque así lo quiera el otorgante, o puede ocurrir que éste desee quede en su poder, en cuyo caso bastará la mención de su existencia en el Diario de navegación, y la conservación, según se ha dicho anteriormente, por el autorizante, de la copia del acta de otorgamiento. Los testamentos marítimos - ológrafos, por su propia naturaleza normalmente quedarán en poder del testador, con simple anotación, como en los cerrados, en el Diario, aunque también podrán quedar encomendados, por voluntad - del otorgante, a la custodia del jefe del navio.

El testamento marítimo abierto, puesto que siempre estará en poder del Comandante o Capitán, y el testamento cerrado u ológrafo, que por voluntad del otorgante haya quedado en poder del Comandante o Capitán autorizante, independientemente del trámite previo a seguir en caso de desembarco intermedio en puerto extranjero con representante nacional, cuando el buque arribe a puerto nacional iniciarán una rápida marcha que los llevará a manos del Ministro de Defensa, según el artículo 726.

El Ministro de Defensa, al que habrán llegado estos testamentos que quedaron inicialmente bajo la custodia del Comandante o Capitán del navio, los remitirá al Juez para que inicie las actuaciones que terminarán con la protocolización del testamento, - pues ya señalaba anteriormente que el artículo 727 no deberá entenderse limitado a los testamentos abiertos, sino también a aquellos otros testamentos cerrados u ológrafos, cuando, como ocurre siempre con los abiertos, hayan quedado inicialmente bajo la custodia del jefe de la nave y hayan seguido por tanto los mismos pasos que los abiertos.

Precisamente porque los testamentos marítimos cerrados y ológrafos pueden no quedar a partir del momento del otorgamiento en poder del autorizante, sino en manos del testador y para asegurar en estos casos que tales testamentos sigan los mismos pasos -

que aquéllos que fueren custodiados por el Comandante o Capitán, el legislador recoge la regla del artículo 729, si bien su referencia al artículo anterior no haya sido excesivamente afortunada en cuanto puede inducir a confusión.

Por todo ello, y relacionando el espíritu de los artículos 727 y 729, considero, insistiendo una vez más, que la referencia del 729 al artículo anterior, o se entiende a la necesidad de que el testamento siga el curso que corresponda, destacada en este artículo 728 anterior, y que es precisamente el señalado en el 727, o se considera la mencionada referencia del 729 como un error al haber querido aludir al 727.

El artículo 730 pone un límite temporal a la excepcionalidad del testamento marítimo porque, terminada la anormalidad que motiva la excepción, debe acabar ésta. Ese límite tiene el mismo fundamento que el que explica los señalados a los testamentos militar y a los otorgados en peligro inminente de muerte, y en periodo de epidemia. Desaparecidas las circunstancias que hicieron precisa y justa esa forma excepcional de testar, renace la procedencia de la normalidad legal, volviéndose a las reglas y solemnidades ordinarias, si bien entre uno y otro estado suele conceder se un intervalo de tiempo más o menos largo al testador, a fin de que después de los riesgos o peligros pueda adquirir la calma y la tranquilidad necesarias para volver a las condiciones normales en cuanto al orden y disposición de sus bienes, y para poder acogerse a las modalidades comunes en la ordenación de su voluntad.

Existe una clara correspondencia entre el artículo 730 y el 719, establecido para el testamento militar. La situación de derechos, la razón legal y el término fijado para la caducidad, son los mismos en uno y otro caso, y al comentario de dicho artículo me remito, dando por reproducido lo entonces dicho, por ser de perfecta aplicación aquí, excepto en lo relativo a las clases de testamentos, pues la disposición del artículo 719 solo se con-

trae a los testamentos abiertos, mientras que el presente artículo 730 alcanza, no solo a éstos, sino también a los cerrados. Los testamentos marítimos ológrafos no tienen especialidad alguna, y como las solemnidades son las mismas en el testamento ológrafo común que en el especial marítimo, por eso no incurre en caducidad dicho testamento, ni le es aplicable el artículo 730.

Fijando el Código el hecho del desembarco para empezar el cómputo del plazo establecido para incurrir en caducidad, se podría suscitar la duda de si podría surtir dicho efecto el desembarco que hiciera el testador en cualquiera de los puertos de escala durante la travesía o navegación, siempre que permaneciera en dicho punto el tiempo necesario para otorgar testamento en la forma ordinaria, o si, por el contrario, se refiere el artículo al puerto de destino, o sea, aquél en que rinda el viaje la nave o el testador. No creo que el desembarco haya de ser definitivo, es decir, el que ponga fin al viaje marítimo, aunque en sentido vulgar no se entienda por desembarco el hecho de bajar a tierra por corto tiempo para volver a embarcar, sino el que se lleva a cabo en el punto de destino, o sea, cuando se pone término al viaje. Considero que, cuando se interpreta una norma legal hay que acudir al significado correcto de las palabras y la palabra desembarcar, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: "salir de una embarcación", sin distinción del tiempo que va a durar esa salida.

Ya señalé en su momento que hay autores que consideran que se puede otorgar testamento marítimo, incluso en tierra firme, cuando se trate de una escala pues para estos tratadistas la vigencia de las circunstancias en que se puede otorgar el testamento marítimo comienzan en el momento en que el navio leva anclas, en el puerto de origen y terminan cuando arriba al puerto de destino. Para quienes así piensan, indudablemente, subsistiendo la situación en que puede otorgarse testamento marítimo, no podrá concurrir en ese momento la situación contraria en que empieza a

correr el tiempo de caducidad de la validez del testamento.

Personalmente no mantengo esta opinión y considero que si el artículo 722 exige que el otorgante vaya a bordo, el dejar de estar a bordo, el desembarcar, supondrá que comience a correr el tiempo de caducidad previsto en el artículo 730. Lo que en mi -- opinión sucede es que la cuestión carece de transcendencia práctica, pues si la estancia es por razón de una escala, la vuelta a bordo siempre tendrá lugar mucho antes de los cuatro meses y con esa vuelta se interrumpiría el lapso de tiempo transcurrido en orden a la caducidad del testamento, que no se sumará al tiempo de un desembarco posterior, sino que, con ocasión de este nuevo desembarco, se iniciará el cómputo de los cuatro meses, contados de la forma prevista en el artículo 5, siempre del Código Civil.

El artículo 730 no distingue entre puertos nacionales o -- extranjeros. La expresión de este precepto "donde pueda testar en la forma ordinaria" pudiera hacer pensar a quien no recapacitase sobre la norma, que el desembarco debe ser en puerto español para que se pueda cumplir la condición de que el testamento que pudiera otorgarse se acomodara a la forma ordinaria del Código Civil. Un análisis más meditado del precepto hará ver que lo que el legislador ha querido decir con dicha frase es que el puerto de desembarco permita otorgar testamento en condiciones normales y comunes, no en las extraordinarias que obligan a la utilización de formas testamentarias excepcionales. Esta situación de normalidad puede darse tanto en puerto español como extranjero, de igual manera que en uno u otro puede darse alguna de las anormalidades, -- que imponen la observación de las formas testamentarias excepcionales, como pudiera ser la situación de lucha bélica o epidemia -- declarada. Por ello y aunque el puerto de desembarco sea extranjero, todo español, observando las reglas del estatuto formal, de -- conformidad con el artículo 732, puede otorgar testamento fuera -- del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas -- por las leyes del país en que se hallen, y, por lo tanto, desem--

barcando en puerto extranjero, en condiciones se halla el otorgante del testamento marítimo de testar en la forma ordinaria en dicho país con la calma y tranquilidad propias de las disposiciones testamentarias hechas en condiciones de normalidad.

B) Testamento extraordinario

A bordo de una nave puede darse un periodo de normalidad en la navegación, pero también podrán presentarse situaciones de grave riesgo en las que las disposiciones testamentarias habrán de facilitarse al máximo mediante eliminación de formalidades, si bien, como contrapartida, su vigencia no se prolongará, transcurridas las circunstancias que motivaron su otorgamiento.

A regular el testamento marítimo otorgado en esas situaciones, en las que el testador está afectado, no ya a los riesgos propios de la navegación, sino a un peligro inminente de naufragio está encaminado el artículo 731.

De igual manera que respecto del testamento militar, el Código reconoce en el marítimo una segunda situación en casos de verdadera premura, motivada por la inminencia del peligro indicado; y así como en los artículos 720 y 721, teniendo en cuenta lo crítico y apremiante de dichas circunstancias, otorgó todo género de facilidades al militar en acción de guerra o en peligro próximo de ella, para que no falleciese intestado si su voluntad era testar, igualmente ha concedido estas mismas facilidades con idéntico fin, al navegante en momentos de tal apuro.

Se trata de una forma de testar provisional dentro del mismo buque, porque solo es válida pereciendo el testador en ese temido naufragio y cumpliéndose otros determinados requisitos.

La manifestación de la última voluntad se hará de palabra ante dos testigos, tripulantes o pasajeros, varones o hembras, con tal de que sean mayores de diez y seis años, edad a la que los testigos, como en el caso de la forma testamentaria del artículo 720 debe considerarseles con capacidad para actuar. Si muere el testador por consecuencia del peligro en consideración al cual testó, la referida manifestación verbal habrá de formalizarse, o sea, escribirse con todas las reglas del testamento abierto, ante el Contador en los buques de guerra, el Capitán en los mercantes o los que hagan sus veces en las respectivas embarcaciones, aunque de esto nada indique el artículo 731, que se limita a la cita y aplicación del 720, sin señalar las necesarias modificaciones que las evidentes diferencias entre las dos formas testamentarias, militar y marítima, imponen.

El testamento, debidamente formalizado, se entregará en su tiempo a la autoridad marítima local, si el buque o los restos y personas salvadas del naufragio arriban a puerto español. Si el arribo es a un puerto extranjero, aunque el artículo 731 nada indica, debe exigirse la expedición de la copia testamentaria procediéndose por analogía a lo dispuesto en el artículo 725. En ambos casos se seguirá el procedimiento prescrito por los artículos 725 a 729.

Observaba en un momento que la formalización en el testamento del 720 no es ante el autorizante, puesto que formalización no es fedación. En este caso como no hay equivalente a funcionario de justicia, la persona a bordo más idónea coincidirá con los posibles autorizantes, si bien para no recargar los cometidos del Contador o Capitán pudiera encargarse de la formalización, uno de los sustitutos de los anteriores, sea el piloto, contramaestre o sobrecargo, o el Comandante, como jefe del Contador y de navio de guerra.

El artículo 731 solo hace aplicable a los testamentos marítimos lo dispuesto en el artículo 720, prescindiendo del 721, - con lo que el navegante en dichas circunstancias solo tiene posibilidad de testar verbalmente, no estando en principio permitido otorgar testamento cerrado. A primera vista ésto no tiene fundamento, ya que la inicial impresión es que tanta razón de ser tiene la concesión de la modalidad establecida en el artículo 720, - como la de la forma regulada en el 721, porque debiendo darse - - idéntica disposición legal donde existe idéntica razón de derecho, debe extenderse a una y otra forma la facultad concedida.

Creo que la explicación a ésto se encuentra en las diferencias que existen entre la circunstancia de una y otra clase de testamentos. En una nave no hay más que un jefe, y éste en caso - de naufragio, no puede distraer su atención en tan críticos momentos de la dirección de la nave para entretenerse en autorizar testamentos, poniendo en peligro la vida de la tripulación y de los pasajeros. Por el contrario, en el supuesto del artículo 721, normalmente, cuando no se trate de tropas aisladas, existirán varios oficiales que pueden autorizar el testamento, y el hecho de que - uno de esos oficiales atienda a la autorización de las disposiciones testamentarias, no supondrá que las operaciones bélicas queden desatendidas, sino el respeto por los derechos humanos del - combatiente, compatible con las necesidades tácticas. En cualquier caso, si ya resaltaba en su momento que la forma testamentaria - del artículo 721, no es precisamente fácil de utilizar, ya que no es sencillo redactar un acta y observar otras formalidades previstas en los artículos 706 y 707 en el fragor de la lucha, verdaderamente imposible sería seguir dichos formalismos cuando en una - situación igualmente angustiosa y difícil, el autorizante es la - única persona a la que, además le está encomendada la dirección - de las actuaciones encaminadas a superar la comprometida contingencia. Quizás estas consideraciones impulsaron al legislador a referirse, en el artículo 731, solamente al 720 y no al 721.

El artículo 731 está presidido por la idea con la que comienza: "Si hubiera peligro de naufragio", por lo que en puridad debería entenderse que cuando ese peligro no exista, no puede -- otorgarse la forma testamentaria en él prevista.

Pero determinar cuando existe en realidad auténtico peligro de naufragio es algo que puede resultar extraordinariamente -- difícil, por no decir imposible, incluso para una persona acostumbrada a la mar. A quien preso de temor por una situación que puede ser relativamente normal en el mar, pero que a él le ofrece -- amenazante de naufragio, quisiera otorgar testamento, habrá de facilitársele la testamentifacción. En el momento del otorgamiento pudiera no existir real riesgo de naufragio, pero por una complicación de la situación ese riesgo pudiera devenir posteriormente efectivo y real. El testamento así otorgado, ateniéndose a una interpretación estricta del precepto, no sería válido porque no se habría cumplido el presupuesto legal de existencia presente de -- riesgo de naufragio, implícito en la fórmula "Si hubiere peligro de naufragio...". Pero ese mismo testamento podría surtir efecto y evitar la muerte intestada de quien no quiso morir sin disponer su última voluntad, cuando por complicarse la situación marina, -- el naufragio se produjere.

Entiendo que la imposibilidad de determinarse objetivamente cuándo existe realmente peligro de naufragio, porque un peligro más o menos remoto existe siempre que los elementos de la naturaleza están notoriamente alterados, obliga a cierta flexibilidad en la apreciación de la situación de hecho prevista por el legislador. Si no había realmente peligro de naufragio y éste no se produjo posteriormente, el otorgante que hubiere temido por su vida, y en consideración a este temor otorgase testamento, vivirá y el testamento quedará ineficaz. Si el peligro de naufragio se planea después del otorgamiento y se materializare en siniestro, -- con esta flexible interpretación a que me refiero, se evitaría el abintestado.

El artículo 720, al que el 731 se refiere, con el adverbio "durante" o con el adjetivo "próximo", plantea una situación en la que existen seguros y claros elementos de hecho para enjuiciar correctamente los riesgos que aconsejen adoptar esta forma rápida y fácil de testar. Por el contrario la inconcreción del presupuesto del 731, me inclina a mantener esta postura flexible, conveniente, por otra parte, cuando será la situación de aparente o real peligro de naufragio, la que con mayor frecuencia es motivo de otorgamiento de testamentos marítimos, dentro del relativo número de los que se otorgan.

Otra duda que podría suscitarse es la derivada de que el artículo 731 habla solo de peligro de naufragio; y como el 720 se refiere al riesgo que corre en batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro de acción de guerra, podría pensarse que el precepto se extiende también al caso de guerra marítima o de acción naval en que tome parte, bien el barco de guerra, a cuya dotación pertenezca el testador, bien algún buque mercante que se vea implicado en esta situación o si, por el contrario, deberá ser interpretado el artículo 731 en sentido restrictivo y literal, y con referencia tan sólo a los casos en que hubiere únicamente peligro de naufragio.

Creo que la cuestión ha de resolverse en favor de la aplicación del 731, pues en todos los casos de acción bélica naval -- existe un evidente peligro de naufragio.

Lo mismo que el testamento regulado por artículo 720, el marítimo, otorgado en peligro de naufragio, es condicional, dependiendo en definitiva su eficacia de la concurrencia de las dos condiciones indicadas en el mencionado 720, a saber: 1ª. que el testador fallezca durante el peligro que motivó el otorgamiento, y 2ª. que se formalice después por escrito dicho testamento. Si faltare alguna de dichas condiciones, ya por salvarse de aquel pe

ligro el otorgante, ya por no haberse formalizado en el caso de no salvarse, el testamento quedará ineficaz.

Dicha formalización deberá hacerse en los términos indica dos en el artículo 720, aunque con las modificaciones exigidas - por la naturaleza y circunstancias de esta clase de testamentos. En lugar de llevarse a efecto la diligencia ante el Auditor de - guerra o funcionario de justicia que siga al Ejército, tendrá que practicarse ante el jefe del buque, o quienes le sustituyan según ha quedado señalado con anterioridad.

- (1) .- OSSORIO MORALES, J. "Manual de Sucesión Testada". Edit. - Instit. Estudios políticos. Madrid 1957, pág. 164.
- (2) .- SANCHEZ ROMAN, F. "Estudios de Derecho Civil". 2ª Edic. Tomo VI, Vol. 1º. Impr. Suc. Rivadeneyra. Madrid 1910, pág. 521.
- (3) .- SCAEVOLA, Q.M. "Código Civil". Edic. 2ª. Tomo XII. Madrid 1950, pág. 685.
- (4) .- PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo V, Vol. 2º, 2ª Edic. Edit. BOSCH, Barcelona 1977, pág. 162. Nota.
- (5) .- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A. "Derecho de Sucesiones". Tomo II. Libr. BOSCH. Barcelona 1973, pág. 289.
- (6) .- ESPIN CANOVAS, D. "Manual de Derecho Civil Español". 5ª - Edic. Vol. V. Madrid 1978, pág. 290.
- (7) .- PUIG BRUTAU, J. op. y loc. cit.
- (8) .- SCAEVOLA, Q.M. op. cit. pág. 686 y 687.
- (9) .- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA F. de A. op. cit. pág. 288.
- (10).- SCAEVOLA, Q.M. op. cit. pág. 685.
- (11).- OSSORIO MORALES, J. op. cit. pág. 146.
- (12).- ROYO MARTINEZ, M. "Derecho Sucesorio Mortis Causa". Sevilla Edit. EDELCE 1951, pág. 117
- (13).- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA F. de A. op. cit. pág. 287.
- (14).- GUTIERREZ DE LA CAMARA, J.M "Derecho Marítimo". Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Ministerio de Marina. Madrid 1956, pág. 297.

(15).— SCAEVOLA, Q.M. op. cit. pág. 690.

C A P I T U L O V

I LA FE PUBLICA CONSULAR: SU FUNDAMENTO RACIONAL

Entre las múltiples y variadas funciones consulares hay una, la notarial, cuya transcendencia en el orden jurídico personal, familiar y económico es indudable.

Si el ejercicio de funciones notariales por quienes no pertenecen al Cuerpo Notarial encuentra siempre justificaciones, que pretendo resaltar, en el caso de los Agentes Diplomáticos y Consulares el desempeño de funciones fedatarias se haya respaldado por poderosísimas razones de carácter práctico.

En efecto, hay muchos españoles residentes en el extranjero, que contratan entre ellos, o que necesitan otorgar instrumentos públicos que producirán sus efectos en España. El legislador no podía dejarlos desasistidos ni, por el contrario, aceptar como plenamente auténticos los documentos autorizados por funcionarios de otro país, pues la interpretación y aplicación de nuestra normativa ha de ser realizada por nuestros funcionarios.

Además, ¿cómo se arreglaría un individuo en un país cuya lengua desconoce para otorgar un instrumento público? El Estado - debe poner a disposición de sus ciudadanos, que se encuentran en el extranjero, los medios necesarios para conservar su ley nacional utilizando en las transacciones comerciales y económicas sus instituciones nacionales.

Por virtud de la ficción de la extraterritorialidad, que

supone a los Agentes representativos de los Estados residiendo -- siempre en territorio patrio y equipara, por tanto, la sede diplomática o consular al territorio español, lo allí hecho se considera como si se hubiera realizado en España, por lo que se refiere a formalidades y requisitos. Al no existir notarios españoles en el extranjero, el legislador ha tenido que conceder funciones notariales a los Consules, con la finalidad de no dejar -- abandonados a los españoles que se encuentran fuera de su país.

Estas razones de hecho han encontrado amplio eco en los tratadistas de Derecho notarial. Basta citar, como muestra, a -- Fernández Casado que dice: "la imposibilidad de disponer las cosas de otra manera disculta y explica que se rompa la unidad de la profesión", (1) o a Mengual que nos dice: "también los Agentes Diplomáticos y Consulares de España en el extranjero ejercen funciones notariales, y si alguna vez está justificado que estas funciones las ejerzan quienes no pertenezcan al Cuerpo Notarial, en ninguna tanto como en este caso.

La necesidad de mantener, en país extranjero, el prin- -- cipio de la soberanía nacional y el valor extraterritorial de -- las leyes; la precisión de garantizar la persona y derechos de -- los regnicolas y de facilitar el ejercicio de los derechos que a todo ciudadano conceden las leyes de su patria, reclamaba dotar a los Agentes Diplomáticos y Consulares de funciones Notariales. Por eso la Institución Notarial, atenta siempre a estos altos -- principios de una gran consideración internacional, no solo no ha protestado, sino que ha incorporado a su derecho a dichos fun- -- cionarios del Estado, compartiendo con ellos sus funciones." (2)

II HISTORIA

Ahondar en los antecedentes históricos de la actual figura de los Consules no contribuirá a conocer mejor las funciones autenticadoras desempeñadas por ellos. Lo que si demuestra el -- somero análisis histórico que haré a continuación, es que, desde los más remotos tiempos, una razón de índole práctica llevó a -- encomendar a unas personas la protección de los nacionales de un país cuando se encontraran en el extranjero y, aunque la falta, -- de datos sobre ejercicio de funciones fedatarias es casi total, en esta protección forzosamente hay que suponer incluida la asistencia a la formalización de relaciones comerciales, prestando -- la autenticidad necesaria para la seguridad jurídica de las mismas.

Existe una cierta semejanza entre la institución consular y aquellas magistraturas que velaban en Grecia y Roma por -- los intereses y ventajas de los extranjeros, la proxenia y el -- patronato.

En la Grecia clásica, para autenticar aquellos actos que podrían llamarse oficiales, los próxenos estaban, algunas veces, autorizados a emplear un sello en el que figuraban emblemas de -- la república que le había confiado su protección. (3)

A medida que las armas romanas invadían los países griegos, la proxenia cedía, poco a poco, su lugar a la otra forma de hospitalidad pública del mundo italo-griego: el patronato. El -- patrono, dice Candioti, (4), podía usar para legalizar los actos, un sello donde estaban grabadas las insignias del país o de la -- ciudad que representaban.

Covian destaca que "...es de creer que hasta la Edad Media no se conocieron los consules: los comerciantes extranjeros vivían en barrios separados y sin mezclarse para nada con los indígenas (como ocurre aún con los judíos en varias poblaciones),

y elegían uno de ellos con la doble misión de: 1º, representar-- los cerca de las autoridades locales y hacer que éstas respeta-- ran los privilegios que tácita o expresamente tenían adquiridos, y 2º, mantener el orden entre sus mismos conciudadanos, o más -- principalmente, administrar justicia. Parece que recibieron el -- nombre en recuerdo de los Cónsules romanos, puesto que era el Ma-- gistrado supremo de la ciudad, y se les llamaba electi, en oposi-- ción a los missi agentes enviados por el soberano para proteger a los súbditos. (5)

En los comienzos de la Edad Media, y debido al auge del principio de la personalidad del derecho, se creyó natural que -- los extranjeros fueran gobernados de acuerdo con las propias le-- yes de su país de origen. Así los comerciantes y marineros de es-- ta época nombraron los llamados praepositi, bailios, telonarios, en las naciones extranjeras, para que cuidaran de sus centros co-- merciales.

En la época de los Visigodos, la "Lex Wisigothorum" es-- tablecía que "cum transmarini negotiatores inter se causam habe-- ret", ninguno de nuestros jueces se atreva a interponerse en los litigios de ellos, sino que sean remitidos "suis legibus apud -- telonarios suos".

De modo que las características de la institución con-- sular no se comienzan a perfilar sino en la época de la invasión de los bárbaros cuando el "elemento personal" era consustancial a la ley.

Surgieron entonces, magistrados que fueron conocidos con las más variadas denominaciones, para tutelar los intereses de -- los comerciantes extranjeros y decidir las controversias entre -- ellos surgidas. En este predominio del "Elemento personal", el desempeño de funciones fedatarias por los consules resulta, co--

mo fácilmente puede presumirse, indispensable.

Al entrar en el período feudal, rige como criterio esencial de la ley el elemento territorial, desconociendo de manera más absoluta el concepto de personalidad. En esta época se interrumpen los vestigios de la institución consular, la cual había encontrado sus remotos orígenes en la afirmación de la personalidad individual, en el primitivo respeto de un Estado por la individualidad legal del extranjero, como manifestación del interés que se tenía por los comerciantes y por el comercio fuera de la patria.

A mediados del siglo XIII, a medida que las Ciudades marítimas mediterráneas y Estados iban adquiriendo mayor prestigio y poderío, se daban a la tarea de vigilar por los bienes y ventajas de sus gobernados en el exterior; mandaban funcionarios o -- Cónsules para proteger el comercio nacional, dirimir cuestiones entre marinos y comerciantes, y procurar, tanto para unos como -- para otros, privilegios y prerrogativas.

Tal fué la época en que la categoría de los Cónsules empezó a tomar incrementos de prestigio, y asumieron todos ellos un -- carácter público al mismo tiempo que oficial.

En ésta época, concretamente en 1283, año en que D. Pedro III funda el Consulado de Valencia, vuelve a aparecer la figura del Cónsul con ciertas funciones fedatarias. Candioti (6) señala que a fin de dar autenticidad a los actos oficiales del Consulado de Mar, éste tenía un sello redondo con un escudo y con la -- inscripción siguiente "Sigillum Consulatatus maris Valentiae P. -- domino rege".

De este mismo tiempo son las primeras legislaciones como los Estatutos de Marsella (1253-55), los Estatutos de Génova --

(1316) y los de Florencia (1492).

Establecieronse los primeros Cónsules en Europa Meridional, y luego se extendieron hacia el Oriente, donde adquirieron el mayor auge durante las Cruzadas, (7).

Era justo que los núcleos de personas extranjeras que vinieran a domiciliarse en un determinado lugar por razones o motivos de comercio, trajeran consigo los usos y costumbres, las leyes y privilegios de su país de origen. Tenían derecho a gober--narse entre ellos, sin disminuir por esto la sagrada soberanía - del territorio. Lo importante era que dicha soberanía les permiti--era residir en él, les asegurasen sus personas y propiedades y les dejase constituir cónsules entre ellos. Una vez obtenidas es--tas concesiones, ya los núcleos extranjeros eran un territorio - aparte, dentro del territorio nacional, con propias leyes y ju--risdicciones. Estas facultades recaían en personas expertas, regularmente designadas por los comerciantes mismos, y denominadas Cónsules de los Comerciantes. Es de advertir que no faltaron en este período medieval ejemplos de Cónsules nombrados directamente por el Estado al cual pertenecía los comerciantes, los consules "missi" a diferencia de los anteriores, los "electi", según señalaba anteriormente.

Entre otras diversas funciones, les estaba encomendado - a los Cónsules el "Recoger las sucesiones de los conciudadanos y cuidar de aquéllas que estaban vacantes. Ejercer, la jurisdicción sobre los connacionales tanto en materia civil como penal" (8).

Gran importancia tenían los Cónsules en aquel entonces: su jurisdicción consular era para los conciudadanos como la prolongación de la jurisdicción de su propio soberano en tierra extraña.

Era el predominio del sistema consular a falta de diplomacia, que para entonces no había nacido. De hecho los Cónsules eran los que desempeñaban muchas de las funciones que hoy tan so lo competen a los Agentes Diplomáticos.

Pero de los cerebros nacionalistas brotaron las nuevas teorías que llevaron por algun tiempo a la bancarrota las instituciones consulares. Comenzó la Diplomacia. La soberanía absoluta, consideraba como una infracción a su integridad soberana la jurisdicción de otros países en su propio territorio.

Fué la época, de la diplomacia movida y agitada, con un mar tumultuoso de tratados, congresos, acuerdos y convenciones. Tal estado de cosas se mantuvo en efervescencia durante los siglos XVI, XVII y parte del XVIII, hasta que empezó el florecimiento del comercio de ultramar, en las remotas regiones de nuestra América. Entonces nacieron los Cónsulados en el Nuevo Mundo.
(9)

En nuestros días el régimen consular, dice Ferrara (10) "es el vigente en los países que forman la comunidad jurídica internacional. Hacia mediados del presente siglo se regularon escrupulosamente el ordenamiento y funciones consulares entre la mayor parte de los Estados europeos y americanos, y se celebraron entre las varias potencias numerosos acuerdos generales y especiales sobre el reconocimiento de los Cónsules, sobre sus atribuciones y prerrogativas, sea insertados en tratados de comercio, navegación y amistad, sea en anexas convenciones consulares". --
(11)

III. COMPETENCIAS DE LOS AGENTES DIPLOMATICOS Y CONSULARES

Una vez hecho este breve estudio histórico, me adentraré en el tratamiento de la competencia de los agentes diplomáticos y consulares en materia notarial.

En el momento actual, la competencia notarial de los Agentes diplomáticos y consulares se regula:

1) Por los tratados internacionales.

2) Por el ordenamiento jurídico del Estado receptor, el cual, prescindiendo de los acuerdos internacionales existentes, puede unilateralmente reconocer la validez de un acto otorgado ante un Cónsul extranjero en el ejercicio de funciones notariales.

3) Por la Ley del Estado mandante, válida en su ordenamiento jurídico y en relación con sus propios súbditos.

Dentro de los tratados internacionales ha de distinguirse entre multilaterales y bilaterales.

Dentro de los primeros, el convenio de Viena de 1963 en su artículo 5, apartado f), señala entre las funciones de los Cónsules "agir en qualité de notaire" ("acting as notary"), es decir, actuar como notarios.

Más explícito es el Convenio Europeo, firmado en París el 11 de Diciembre de 1967, en cuyo artículo quince se detalla el alcance de las funciones notariales a desarrollar por los funcionarios consulares de los países firmantes, resaltando que la eficacia jurídica en el país de recepción de los actos notariales autorizados por los Cónsules queda subordinada a que las leyes y Reglamentos de dicho país no se opongan a ello (12).

Por lo que atañe a los segundos, los tratados bilaterales pueden reconocer que los actos y contratos autorizados por los Cónsules de la otra parte contratante surtan efecto en el propio país, imponiendo para ello diversas limitaciones.

Los convenios consulares suscritos por España con Alemania (22-2-1870), Bélgica (19-3-1870), Brasil (15-6-1878), Estados Unidos (3-7-1902), Francia (7-1-1862), Italia (21-7-1867) y Portugal (21-2-1870), contienen cláusulas similares respecto a la validez de los actos notariales autorizados por los Cónsules respectivos, que será total siempre y cuando se hayan extendido en la forma requerida por las leyes del Estado a que pertenezcan los Cónsules y hayan sido sometidos al sello, registro o cualesquiera otras formalidades que rijan en el país en que el acto ha ya de ejecutarse.

En algunos -como los de Francia, Portugal, Alemania e Italia- se extienden las facultades de los Cónsules a los actos que tengan por objeto la constitución de hipotecas, especificando los dos últimos "en el territorio de la nación a que pertenece el Consul", lo que debe entenderse para todos ellos.

El artículo 28 del Convenio Hispano Británico de 30-5-1961, señala la tendencia más reciente. En él se observa que deja en el aire lo que pueden verdaderamente hacer los Cónsules al condicionarlo a que no se oponga a las Leyes locales. (13)

Por otra parte, los convenios concluidos entre países comunistas o entre un país comunista y otro que no lo es, estipulan que los actos notariales o consulares tienen los mismos efectos legales en el Estado de recepción que si hubiesen sido autorizados por las autoridades competentes de dicho Estado. No obstante, dichos actos están sometidos al requisito de legalización si así lo exigiese la Ley del Estado de recepción. (14)

Reflejada someramente la tendencia internacional, es preciso introducirse en el estudio de la legislación española en cuanto legislación propia de Estado mandante, válida en consecuencia en el ordenamiento jurídico español, en relación con los nacionales y a ejercitar por nuestros agentes diplomáticos y consulares.

De acuerdo con la Legislación española, los Agentes Diplomáticos y Consulares tienen a su cargo el ejercicio de la fe pública en el extranjero.

Así lo consignan los artículos 11 y 734 del Código Civil, y el artículo 1 del Anexo III al Reglamento Notarial.

En este último se dispone que: "los Jefes de las Misiones diplomáticas y los Cónsules de España de carrera, tendrán a su cargo el ejercicio de la fe pública en el extranjero, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 11 y 734 del Código Civil y a las estipulaciones de los tratados internacionales. Los Jefes de Misión podrán delegar esas funciones en el Secretario de mayor categoría que forme parte de aquélla, y los Cónsules en los Vicecónsules. Cuando en una misma localidad exista Misión diplomática y Consulado de carrera, corresponderá a este último el ejercicio de la fe pública".

Es preciso tener en cuenta que la terminología ha variado, pues hoy en día el nombre de Vicecónsules se reserva exclusivamente a los Agentes consulares honorarios, de cuya competencia me ocuparé más adelante. Habrá, pues, que entender en lugar de Vicecónsules, Cónsules adjuntos, de acuerdo con las nuevas normas.

En el ejercicio de la actividad notarial, deberán ajustarse los Agentes diplomáticos y consules españoles a las pres---

cripciones del Código Civil, Ley Orgánica del Notariado y su Reglamento, y en especial, al Anexo III al mismo, a un gran número de Ordenes circulares y, concretamente, a las posteriores al año 1944.

Otros preceptos del Código Civil que hacen referencia a funciones autenticadoras de los Cónsules son los artículos 18, - 2º; 26; 100; 326; 735; y 1.012.

El Código de Comercio también recoge casos de función - fedataria de los Cónsules. Así los artículos 475 y 578.

En consecuencia, los agentes diplomáticos y consulares - españoles están revestidos de la fe pública en su más amplio sen tido alcanzando sus funciones autenticadoras a todo aquello de que da fe el notario español en su demarcación notarial. Es decir, abarca todo acto intervivos y mortis causa como queda reflejado en el artículo 11 nº 3 del Título Preliminar del Código Civil, y en el artículo 1 del Anexo Tercero del Reglamento Notarial, así como, respecto a los testamentos notariales, en el artículo 734 del mismo Cuerpo legal.

Pese a esta total amplitud, la competencia de los Cónsules tiene algunas limitaciones.

Primeramente la competencia notarial de los cónsules no, se extiende sino a los ciudadanos de los países que representan, y su intervención depende de la voluntad de los interesados, para los cuales es facultativo dirigirse a su consul o a la autori dad territorial correspondiente. Por extensión, el cónsul es tam bién competente cuando uno solo de los contratantes es su compatriota, siempre que el instrumento deba ser presentado a las autoridades de la Nación representada, así como también tienen com petencia para extender aquellos actos convencionales que interesen

únicamente a súbditos del país en que ejercen los Agentes su representación, con tal que se refieran a bienes situados o negocios que deban tratarse en España.

Tienen los Cónsules, igualmente, una limitación territorial ya que no pueden ejercer la fe pública fuera de su distrito consular.

Asimismo, no podrán autorizar -de acuerdo con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Notariado- contratos que contengan disposición en su favor, o en que alguno de los otorgantes sea -pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad.

Sin embargo, sí podrán autorizar escrituras en las que -ellos mismos contraigan obligaciones o extingan o pospongan derechos a su favor, con la antefirma "por mí y ante mí". También podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas las clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán intervenir o autorizar los actos o contratos en que sea parte su esposa o pariente hasta el cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias a las expresadas anteriormente (artículo 139 del Reglamento Notarial).

No están autorizados los Cónsules a constituirse fiadores en contratos que autoricen, ni tomar parte en aquéllos en que intervengan por razones de su cargo (artículo 140 del Reglamento Notarial).

En relación a los efectos que vayan a producir en el país en que el Cónsul esté acreditado, habrá que atenerse a las limitaciones impuestas por los tratados, o, en su defecto, a las señaladas por la Legislación interna de dicho país. En gene-

ral, se abstendrán de autorizar actos entre españoles que deban surtir efectos en el país de residencia, así como los que se celebren entre extranjeros, salvo en el caso de que hayan de cumplirse en España. Tampoco podrán autorizar testamentos de extranjeros, aunque los bienes o derechos a que los mismos se refieran radiquen en España.

Haciéndose eco de estas limitaciones Trajano recuerda — que no podrán realizar las funciones notariales fuera de su distrito ni acceder a la solicitud de las partes si éstas les fuesen desconocidas, a menos que sus nombres, estados y residencias sean atestiguados por personas conocidas y que puedan ser testigos instrumentales; no podrán tampoco hacerlo cuando las partes fueren incapaces para contratar, o no justificasen la calidad — en que obran o pretendieren insertar en el documento convenios prohibidos, o disposiciones en favor del cónsul o de sus parientes y allegados.

Además de estas prohibiciones terminantes hay otros casos en que pueden declinar su competencia; así por ejemplo, si se encontrasen en presencia de alguna grave dificultad de derecho por no conocer como convendría la legislación de una de las partes, si ésta fuese extranjera, es preferible que los cónsules se abstengan de intervenir y aconsejen a los interesados recurrir a los notarios u otros funcionarios públicos del lugar. —
(15)

El ejercicio de la fe pública está reservado a los Cónsules de carrera. No obstante, con carácter excepcional y personalísimo, el Ministerio de Asuntos Exteriores puede autorizar a un Vicecónsul o Agente Consular honorario para realizar estas funciones notariales. Las dos disposiciones legales que prevén esta autorización son terminantes. De una parte, el artículo 2º del Anexo III al Reglamento Notarial dispone: "En los países en que por existir una numerosa población española lo juzgue necesario el Ministerio de Asuntos Exteriores, los Cónsules de carrera o, —

en su defecto, las Misiones Diplomáticas, podrán autorizar, previa aprobación de dicho Ministerio, para el ejercicio de la fe pública, a determinados Agentes consulares honorarios, teniendo en cuenta en todo caso sus condiciones personales de aptitud". -- Para que estos instrumentos públicos así autorizados tengan validez en España, deberán, imprescindiblemente, ser calificadas sus copias por los Cónsules de carrera de que tales funcionarios dependan, mediante la escritura en dichos documentos de una diligencia en la que certifiquen que el Cónsul, Vicecónsul honorario o Agente consular de España en determinado lugar está autorizado para el ejercicio de la fe pública, y que el instrumento reúne -- las condiciones intrínsecas y extrínsecas exigidas para su validez por la Legislación Española.

Los Agentes consulares honorarios conservarán en todo caso y en todos los países la facultad de legalizar firmas, dar -- certificados de existencias, de consentimiento para contraer matrimonio, extender y autorizar protestas de averías y de naufragios, y expedir, en general, toda clase de certificados que no -- teniendo carácter notarial, estén comprendidos dentro de las -- atribuciones ordinarias de los Cónsules, a menos que éstas les -- sean limitadas por sus jefes inmediatos (artículo 4º del Anexo -- III).

De otra parte, el artículo 5 del Reglamento de Vicecónsules y Agentes consulares honorarios de España, de 6 de Mayo de 1929 coincidiendo con la disposición arriba mencionada, establece que los Vicecónsules y Agentes consulares honorarios necesitan una autorización expresa del Ministerio de Asuntos Exteriores para ejercer la fe pública, autorización que no se concederá más que en casos excepcionales, previa la propuesta razonada del Cónsul General y del Jefe de Misión. Estas autorizaciones serán personales y no se podrán transmitir, sin nueva concesión, al -- sustituto o sucesor del Vicecónsul o Agente consular honorario.

Del examen de los artículo 1 y 2 de este Anexo III, se desprende la existencia de tres clases de Agentes representantes de España en el extranjero, que pueden ejercer funciones notariales.

a) Jefes de Misión que no pertenecen a la Carrera Diplomática; b) Agentes diplomáticos y consulares pertenecientes a la Carrera Diplomática; c) Agentes consulares honorarios. Si en principio les corresponde la función notarial deberán ser "profesionales del Derecho", es decir, Licenciados o Doctores en Derecho, requisito exigido, en el artículo 1º del Reglamento Notarial. Los Jefes de Misión diplomática, que no fueren Licenciados o Doctores en Derecho no podrán tener a su cargo, en consecuencia, el ejercicio de la fe pública notarial en el extranjero. En estas circunstancias la función notarial será ejercida por el funcionario de la Carrera Diplomática de mayor categoría que forme parte de la Misión. Así deberá ser interpretado el artículo 1º del Apéndice del Reglamento notarial en relación con el artículo 1º de dicho Reglamento.

Los Agentes diplomáticos o consulares pertenecientes a la Carrera Diplomática son funcionarios públicos, y si para su ingreso se les hubiera exigido el título de Licenciado en Derecho, podrán ejercer funciones notariales, pues "profesionales del Derecho" son. Los miembros de la Carrera Diplomática a quienes para su ingreso en la misma no se les hubiese exigido el citado título, no debieran ejercer la fe pública notarial, salvo en el caso de que se hubieren licenciado en Derecho independientemente o con posterioridad.

Lo mismo pudiera decirse respecto a los Agentes consulares honorarios, quienes en mi opinión solo podrán ser autorizados para el ejercicio de funciones notariales cuando tengan la titulación jurídica a que me vengo refiriendo.

Insisto pues en que el artículo 1º del Reglamento Notarial es definitivo en su exigencia para el ejercicio de funciones notariales de las dos condiciones esenciales: ser profesional del Derecho y ser funcionario público. El Anexo III de dicho Reglamento Notarial, para el ejercicio de la fe pública por los Agentes Diplomáticos o consulares de España en el extranjero, -- debe ser interpretado como complemento y sin menoscabo de lo dispuesto en el propio Reglamento. Los Agentes Diplomáticos y consulares españoles en el extranjero que no sean Licenciados en Derecho podrán ejercer una facultad certificante como funcionarios públicos, pero no una "fe pública notarial". Los documentos que autoricen podrán tener el valor de documento público, pero nunca el de instrumento público.

Como muy acertadamente sintetiza Jimenez Arnau el ejercicio de las funciones notariales por los Agentes Diplomáticos -- tiene las siguientes modalidades:

a) Por derecho propio. Corresponde esta modalidad a los Jefes de Misiones Diplomáticas, donde no haya un Cónsul especialmente designado para el desempeño de las funciones consulares; o al Cónsul donde exista este cargo.

b) Por delegación plena. Los Jefes de Misión podrán delegar estas funciones (las de ejercicio de la fe pública) en el Secretario de Embajada de mayor categoría... y los Cónsules en los Vicecónsules, (artículo 1º del Anexo).

Estas posibilidades de delegación chocan en cierta medida, con el carácter personalísimo del Notario que se refleja aún en los casos de sustitución legal, en los cuales el sustituto -- obra por sí y ante sí, y en nombre propio, por lo que bien podemos decir que lo que le está vedado al Notario, se le concede al Agente diplomático.

c) Por delegación limitada. Conforme al artículo 2º del Anexo, en los países en que los Cónsules ejerzan la jurisdicción contenciosa y en aquellos en que por existir una numerosa población española lo juzgue necesario el Ministro de Asuntos Exteriores, los cónsules de carrera o, en su defecto, las Misiones diplomáticas, podrán autorizar previa aprobación de dicho Ministerio, para el ejercicio de la fe pública, a determinados Agentes consulares honorarios, teniendo en cuenta en todo caso sus condiciones personales de aptitud.

Decimos que esta delegación es limitada porque conforme al artículo 3º, hace falta una intervención fiscalizadora del Superior. "Para que los instrumentos públicos (dice el artículo 3º) autorizados por los funcionarios a que se refiere el artículo anterior tengan validez en España, deberán ser calificadas -- sus copias por los Cónsules de carrera de que tales funcionarios dependan con la siguiente fórmula..."

d) En nombre propio pero con competencia limitada. Aunque no hayan tenido la expresa delegación a que nos referimos en el apartado c), los Agentes Consulares honorarios tienen por razón del cargo funciones notariales no delegadas sino propias --- pues "conservarán en todo caso y en todos los países la facultad de legalizar firmas, dar certificados de existencia, de consentimiento para contraer matrimonio, extender y autorizar protestas de averías, de naufragios y expedir, en general, toda clase de -- certificados que, no teniendo carácter notarial, estén comprendidos dentro de las atribuciones ordinarias de los Cónsules, a menos que éstas les sean limitadas por sus jefes inmediatos (artículo 4 del Anexo III). (16)

IV. LA FEDACION DEL AGENTE DIPLOMATICO O CONSULAR Y EL INSTRUMEN

TO PUBLICO

Dadas las características y los límites de este trabajo, no tiene sentido detallar los preceptos de la Ley Orgánica del Notariado y del Reglamento notarial, cuando la observancia de los mismos por el Cónsul no implique otra variación que el cambio de persona fedataria. Por el contrario tiene interés analizar las peculiaridades que el ejercicio de la función notarial por los Agentes diplomáticos y consulares introduce, respecto de su ejercicio por los notarios.

Dentro de la redacción del instrumento público, se encuentran algunas particularidades. En su aspecto formal el artículo 12 del Anexo III al Reglamento Notarial dispone que "las escrituras matrices y sus copias se extenderán en papel común de tamaño aproximado al del papel sellado (45,50 centímetros de largo por 31,50 de ancho), observándose siempre lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 154 del Reglamento del Notariado", y este último señala que cuando se emplee papel común sin señal o numeración que lo identifique suficientemente, los otorgantes y testigos, en su caso, deberán firmar en todas las hojas o pliegos.

El artículo 156 del Reglamento Notarial establece los requisitos de esa primera parte de la escritura que se denomina comparecencia y en su número cuatro exige el nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio y vecindad y domicilio de los otorgantes, junto con la reseña de los documentos personales, si la Ley lo exigiere, o el Cónsul lo estimare oportuno.

En este sentido el artículo 14 del Anexo III dispone que "la presentación y reseña del Certificado de Nacionalidad establecido por el artículo 8º del Reglamento del Registro de Nacio-

nalidad en el extranjero de 5 de Septiembre de 1871 será obligatoria para la redacción de los instrumentos públicos en sustitución del documento de identidad correspondiente, cuando el otorgante o requirente sea español y resida en el extranjero. Cuando se trate de un español transeúnte, deberá presentar, y se reseñará en el instrumento, su documento personal de identidad o, en su defecto, el Certificado de Nacionalidad".

El número ocho de este artículo 156 exige el juicio de capacidad que ha de emitir el Cónsul.

Para afirmar la capacidad de los otorgantes, el Cónsul examina los elementos siguientes:

- a) La capacidad de goce.
- b) La capacidad de ejercicio para el acto jurídico de — que se trate.
- c) La inexistencia de prohibiciones expresadas de la Ley.
- d) La inexistencia de vicios del consentimiento.
- e) En los casos especiales en que la capacidad de actuar exige un complemento, bien porque el compareciente actúe en su nombre, pero la Ley exija determinadas asistencias o complementos de capacidad, o bien en los casos de representación legal, constituirán todas estas circunstancias elementos de juicio que sirven al Cónsul para afirmar la plena aptitud del compareciente.
- f) Cuando el compareciente actúa en representación de — otra persona, el fedatario toma en consideración:

- La capacidad del representado.
- La capacidad del representante.
- La suficiencia y la legalidad o autenticidad del poder.

De acuerdo con el artículo 168; 5º del Reglamento Notarial y con el artículo 15 de su Anexo III, la capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante fedatario español, se regirá por su ley personal. Cuando pertenezcan a país distinto de aquél en que el Agente diplomático o consular se halle acreditado, se justificará la capacidad por certificación expedida por el Cónsul, y en su defecto, por el Agente diplomático del país a que el extranjero pertenezca.

Cuando en la redacción de alguna escritura o acta, el Cónsul califica documentos otorgados en territorio extranjero, que no sea el de su residencia, exige que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes de esos documentos y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate, mediante certificación de Cónsul español en dicho territorio.

En cuanto a la intervención de los testigos en las escrituras autorizadas y a su capacidad, es preciso asimismo hacer algunas consideraciones.

El Reglamento del Notariado en su artículo 181 dispone - que "para ser testigo instrumental en los documentos inter vivos se requiere ser español, hombre o mujer, mayor de edad, emancipado o habilitado legalmente, y no estar comprendido en los casos de incapacidad que establece el artículo 182.

Las personas sujetas a régimen foral podrán ser testigos si son mayores de edad, de acuerdo con su Legislación.

También podrán ser testigos los extranjeros domiciliados en España, que comprendan y hablen suficientemente el idioma español". (17)

Y el artículo 16 del Anexo III indica que podrán ser testigos instrumentales en los documentos intervivos otorgados ante los Cónsules, los que reúnan las condiciones señaladas en el artículo 181 del Reglamento del Notariado, no siendo necesaria, -- sin embargo, la condición de domicilio en España para los extranjeros, pero sí en el país del otorgamiento cuando aquéllos no -- sean ciudadanos del mismo.

La capacidad para ser testigo instrumental en los actos por causa de muerte se rige, de conformidad con lo prevenido por el artículo 29 de la Ley Notarial, por los artículos 681 y 682 -- del Código Civil. A este respecto el párrafo 2º del artículo 16 del Anexo III dice que solo podrán ser testigos en los testamentos --se sobreentiende autorizados por los Cónsules-- los que tengan la capacidad exigida por el Código Civil, pero no será necesaria la condición del domicilio conforme a lo dispuesto en el -- artículo 734 del mismo Código.

En la fase final de la estructuración jurídica del instrumento público, denominada autorización, se encuentra igualmente una peculiaridad, consistente en que así como el notario signará firmará y rubricará, el Cónsul no signará pues en el artículo 13 del Anexo III se dice que los Agentes diplomáticos y consulares autorizarán los instrumentos públicos con el sello de la respectiva Agencia, y firmándolos y rubricándolos. No podrán autorizar matrices ni copias los funcionarios cuyas firmas no se hallen -- previamente registradas en el Ministerio de Asuntos Exteriores, y no podrán variar sus firmas sin autorización de dicho Ministerio.

Autorizada ya la escritura, en algunos supuestos por razón del contenido de la misma, pueden subsistir determinados deberes del Agente diplomático o Consular. En este sentido el artículo 23 del Anexo III señala que cuando se otorguen documentos -- ante un Agente diplomático o consular, por los que se cancele, --

rescinda, anule o, por cualquier otro concepto, se deje sin efecto una escritura anterior, el Agente lo comunicará, por conducto del Ministerio de Asuntos Exteriores al Notario autorizante del primer documento, para los efectos expresados en el párrafo 2º - del artículo 178 del Reglamento.

Si el primer documento hubiere sido también autorizado - por un Agente diplomático o consular, la comunicación se hará - directamente por el que autorice el documento posterior.

El artículo 18 del mencionado Anexo III dispone que para los efectos expresados en el artículo 254 del Reglamento (reconocimiento de hijos naturales por testamento), los testimonios que expidan los Agentes diplomáticos o consulares de los testamentos y los de otras escrituras por las que se modifique el estado civil, se remitirán a la Dirección General de los Registros, por - conducto del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Hasta aquí he señalado peculiaridades de las escrituras autorizadas por Agentes diplomáticos o consulares. El artículo - 144 del Reglamento Notarial se refiere asimismo a las actas. Entre las muchas clases de actas, solo reseñaré aquella clase de - actas en las que existen diferencias entre su autorización por - notario o por Agente diplomático o consular. Estas actas son las de depósito.

El artículo 26 del Anexo III del Reglamento Notarial dispone: Los depósitos, a que se refiere el artículo 216 del referido Reglamento Notarial, que los particulares o Corporaciones --- constituyan en poder de los Agentes diplomáticos y consulares, - se registrarán por las disposiciones dictadas por el Ministerio de - Asuntos Exteriores.

Siguiendo este mandato, este Ministerio ha dictado la --

Circular número 2.881, de 24 de Noviembre de 1977, para regular específicamente el depósito consular. En esta norma se sigue el criterio de que los depósitos consulares no pueden ser concebidos más que como una de las funciones notariales que se atribuyen a los Cónsules, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el apartado e), sección 3ª, capítulo II del título IV, del referido Reglamento Notarial, que regula todo lo relativo a las Actas de depósito ante Notario.

El artículo 216 del Reglamento Notarial dice: Los --- Notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que por particulares y Corporaciones se les confíen, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia. La admisión de depósitos es voluntaria por parte del Notario, quien podrá imponer condiciones al depositante. Este carácter de voluntariedad arrastra consigo la posibilidad de rechazar la constitución del depósito de objetos que, por su volumen, dificulten la custodia. Asimismo, se rechazará todo depósito --- que pretenda constituirse en garantía de un acto o contrato contrario a las Leyes, a la moral o a las buenas costumbres (artículo 218).

En todo caso, es fundamental la exigencia de extender un Acta (artículo 217 del Reglamento Notarial), que habrá de firmar el depositante, o persona a su ruego si no supiera o pudiera firmar, y el Cónsul. En dicha Acta se consignarán las condiciones impuestas por el Cónsul al depositante para la constitución y devolución del mismo.

Los requisitos de estas Actas son los de las de presencia, señalados en el 199 del Reglamento, debiendo además ir

firmadas por el depositante u otra persona a su ruego y consignar las condiciones impuestas para la constitución y devolución del depósito, y todos los datos necesarios para la identificación del mismo.

La devolución del depósito se hará constar por medio de nota, que se extiende en la misma Acta de constitución firmada -- por el constituyente o por su representante, por un testigo de conocimiento si el fedatario no conociese al depositante o a -- quien le represente, y por el Cónsul.

Como normas específicas del depósito consular, contempladas por la citada Orden circular número 2.881, es preciso señalar que el depósito consular sólo se admitirá:

1º. Cuando no infrinja las normas de derecho interno del país donde se verifica.

2º. Cuando conste la nacionalidad española del depositante.

3º. No cabe delegar en Vicecónsules o Cónsules honorarios la facultad de intervenir en la constitución de un depósito.

Asimismo, normalmente entre las condiciones impuestas -- por el Cónsul al depositante figura la de que por el depositante se acredite el título de propiedad de los objetos depositados, y se fije un plazo razonable para evitar que los depósitos se prolonguen en las Cajas consulares.

Aunque en el artículo 219 del citado Reglamento se con--

templa la posibilidad de que el Notario, si lo considera conveniente, pueda conservar los depósitos que se le confieren, en un Banco o en una Caja arrendada a su nombre como tal Notario. Dada la especificidad de la función consular y la complejidad de mantener varias cuentas en Bancos extranjeros, los consules cuando los depósitos quedan suficientemente garantizados en un Banco o institución similar, rechazan los depósitos consulares.

El artículo 48 de los Aranceles consulares señala que los depósitos consulares no entrañan ninguna responsabilidad para el Cónsul ni para el Estado (18).

El instrumento público ha de ser conservado, y esta conservación se efectúa a través del protocolo, en el que se puede observar algunas variantes cuando los protocolos son llevados por los fedatarios diplomáticos o consulares, que los distinguen de los protocolos llevados por los notarios.

El artículo 17 de la Ley Orgánica del Notariado dice: - "Se entiende por Protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizarán en uno o más tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso". - Igualmente, el artículo 272 del Reglamento Notarial -reformado por Decreto de 22 de Julio de 1967- señala que "el Protocolo Notarial comprenderá los instrumentos públicos y demás documentos incorporados al mismo en cada año, contando desde 1º de Enero a 31 de Diciembre, ambos inclusive, aunque en el transcurso haya vacado la Notaria y se haya nombrado nuevo Notario.

Sin embargo, este último artículo no aclara suficientemente el contenido del Protocolo. En efecto, en 1873 se incorporaron al Protocolo las Actas, excluidas del mismo por imperativo de la Ley de 1862 que lo formaba exclusivamente con las escritu-

ras matrices. Pero, de hecho, a él sólo van las Actas de presencia, de referencia, de notoriedad, de protocolización y de depósito, y se excluyen de protocolización (artículo 251 del Reglamento Notarial) otras actuaciones notariales que -dando al término gran amplitud- pueden considerarse como Actas (v. g.: testimonios, legitimidad de firmas, legalizaciones), aún cuando que de de ellas una sumaria constatación a través del llamado libro indicador, que como destacaré más adelante no se lleva en los Consulados.

El Protocolo puede ser de dos clases: ordinario y reservado. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley Orgánica del Notariado y el 274 del Reglamento, el Protocolo tiene siempre carácter reservado, por lo que es una inconsecuencia el establecimiento de Protocolos reservados por la mencionada Ley - en sus artículos 34 (Protocolo reservado de testamentos) y 35 -- (Protocolo reservado de escrituras matrices de reconocimiento de hijos naturales).

Esta incongruencia ha sido evitada en lo que se refiere a la actuación consular notarial, ya que el artículo 11 del Anexo III señala que "los instrumentos públicos a que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley, autorizados por los Agentes diplomáticos y consulares, se protocolizarán en el Protocolo corriente".

La formación del Protocolo se lleva a cabo mediante la acumulación adecuada de los sucesivos instrumentos, por orden riguroso de su autorización.

El artículo 5º del Anexo III señala que: "Los Agentes diplomáticos y consulares observarán en la redacción de las escrituras y Actas matrices, expedición de copias y testimonios, formación y conservación de Protocolos y en todos aquellos actos en

que intervengan con carácter notarial, todas las prescripciones contenidas en la Ley del Notariado y en el título IV de su Reglamento y su Anexo II, en la parte que sea aplicable y con las excepciones que se consignan en los artículos siguientes".

Y si bien, según el artículo 17 de la Ley Orgánica del Notariado y el 272 del Reglamento, se especifica que los Protocolos son anuales, el artículo 6º del citado Anexo III dice que "cuando el número de instrumentos que se autoricen en una Agencia diplomática o consular durante el año, no exceda ordinariamente de 50, se encuadernarán cuando se haya autorizado el número 100, o antes, si por su volumen o por otras circunstancias se creyere más conveniente para su mejor conservación".

Así pues, en la actuación consular hay que distinguir entre la formación de Protocolos anuales, y la formación de los Protocolos previstos en el artículo 6º del Anexo III.

La diligencia de apertura se extiende el primer día de cada año o aquél en que se posesiona el Cónsul si no estuviese abierto el Protocolo correspondiente a aquel año, ya que en otro caso, en virtud de los artículos 39 y 278 del Reglamento Notarial, se continúa el Protocolo iniciado por el anterior, y se si gue la numeración en el punto que hubiese quedado al producirse el cese o vacante del último titular. Aún cuando no se señala na da específicamente en el Anexo III, se suele utilizar una fórmula similar a la del artículo 277 del Reglamento Notarial, que permite delimitar las respectivas responsabilidades.

Mientras que la fórmula de apertura corriente viene a decir:

"Protocolo de instrumentos públicos autorizados en el Consulado de España en, correspondiente al año"

(fecha en letra, firma y rúbrica del Cónsul).

En el caso de los Protocolos del artículo 6º del Anexo - III, la nota de apertura se consigna en estos términos:

"Protocolo de los instrumentos públicos autorizados en (Legación o Consulado) desde el día de fecha" (fecha en letra, - firma y rúbrica del Cónsul).

De conformidad con los artículos 236 y 285 del Reglamento Notarial a cada documento protocolizado se adjudica un número de orden. Dicha numeración se efectúa en letra y no se interrumpe dentro del año, aunque sean varios los tomos. Se sigue igualmente sin interrupción, en el caso de los Protocolos del artículo 6º del Anexo III, desde el número 1 hasta el 100, o hasta - aquél con que se cierre el Protocolo.

Por lo que atañe a los índices hay que distinguir entre los índices correspondientes a los tomos, cuyo único objeto es - relacionar el contenido del tomo, de aquéllos que se envían anualmente al Ministerio de Asuntos Exteriores, para su posterior remisión a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En efecto, el artículo 10 del Anexo III dispone: "En sus titución de los índices mensuales a que se refiere el artículo - 284 del Reglamento Notarial, los Agentes diplomáticos y consulares, al comenzar cada Protocolo, abrirán un índice en el que, - con los requisitos señalados en el párrafo segundo del artículo 33 de la Ley, irán anotando todos los instrumentos a medida que se autoricen. Los índices se conservarán en la carpeta donde se guarden las escrituras antes de ser encuadernadas, y se encuader narán con éstas al final del tomo respectivo. Los Agentes diplo máticos y consulares enviarán anualmente al Ministerio de Asun- tos Exteriores, para su remisión a la Dirección General de los -

Registros y del Notariado, un índice en el que se detallen, con arreglo al modelo oficial que se inserta al final del Reglamento, los instrumentos públicos que se hayan autorizado durante el año. Estos índices se depositarán en el Archivo general de Protocolos de Madrid".

Los índices anuales se envían por duplicado a la Dirección General de Asuntos Consulares, en la primera quincena del mes de Enero de cada año, con arreglo a un modelo (19).

La diligencia de cierre que se extiende por el Cónsul el último día del año en el caso de los Protocolos del artículo 6º del Anexo III, la fórmula recogerá la mención a la fecha en que fue abierto.

La custodia de los Protocolos corresponde a los Cónsules, que según el artículo 279 del Reglamento Notarial serán responsables de la integridad y conservación de los mismos. Si se deteriorasen por falta de diligencia, los repondrán a su costa, incurriendo en corrección disciplinaria. Si se presume que hubo delito, se pondrá el hecho en conocimiento de los Tribunales.

Según el artículo 32 de la Ley Orgánica del Notariado, - ni la escritura matriz ni el libro protocolo podrán ser extraídos del edificio en que se custodien, ni aún por Decreto judicial u orden superior, salvo para su traslación al archivo correspondiente y en los casos de fuerza mayor.

Podrá desglosarse, sin embargo, la escritura matriz contra la que aparezcan indicios para considerarla cuerpo de un delito, mediante Providencia del Tribunal español, y dejando en el Protocolo testimonio literal del documento desglosado.

Sin embargo, el Protocolo carecería de razón de ser y de finalidad si no fuese para dar en definitiva publicidad a su contenido. Para ello existen tres procedimientos:

1. Examen o exhibición del Protocolo. Previsto en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Notariado y en el 282 del Reglamento, aún cuando se limite a las partes interesadas con derecho adquirido, sus herederos o causahabientes, o por orden judicial.

2. Lectura del Protocolo. A quienes demuestren, a juicio del fedatario, un interés legítimo (artículo 250 del Reglamento Notarial).

3. Expedición de copias. Los Protocolos, se conservan - conforme el artículo 7 del Anexo III señala: "Tanto en el caso a que se refiere el artículo anterior (Protocolos no anuales) como cuando se forme el Protocolo con arreglo al artículo 272 del Reglamento del Notariado, se conservarán las escrituras antes de - ser encuadernadas, en una carpeta especial cerrada por todos sus lados, que llevará la inscripción: "Protocolo corriente de instrumentos públicos de (designación de la Agencia diplomática o consular)".

Las normas referentes a la encuadernación de los Protocolos (artículo 276 del Reglamento Notarial) son muy específicas - en cuanto al plazo (dos primeros meses del año siguiente) y al modo de efectuarla (pergamino o piel, con caja y correas), para los Notarios. Hay, sin embargo, una mayor flexibilidad en los - Consulados.

Cuando el Protocolo anual lo requiera por su volumen, a juicio del Cónsul, podrá encuadernarse en más de un tomo, en cuyo caso se cerrará el primero y se abrirá el segundo con las notas expresadas para apertura y cierre, modificadas en la parte -

precisa para designar los meses que contenga cada tomo. Los diferentes tomos no se consideran como distintos Protocolos, por lo cual no se interrumpe, ni vuelve a empezar en el segundo, la foliación del primero, debiendo expresarse en la nota final del último tomo de cada Protocolo, además del número de instrumentos y folios del tomo, el número de instrumentos y folios de los tomos reunidos que forman el Protocolo.

Cuando se suprime un Consulado se siguen trámites diversos según se trate de una Agencia consular honoraria o de un Consulado de Carrera.

En el primer caso, según señala el artículo 8º del Anexo III, "los Cónsules de carrera se harán cargo de los Protocolos - llevados por los Agentes consulares honorarios que cesen en el - ejercicio de la fe pública y también de los llevados por los - Agentes que en lo sucesivo cesen en sus cargos por supresión del puesto, o cuando el que haya de sustituirlos, en el que aquéllos desempeñaban, no esté autorizado para ejercer esas funciones".

Así pues, en el caso anómalo de que existiese algún Vice cónsul honorario con funciones notariales al suprimirse el Vice-consulado, o cesar en dichas funciones, los Protocolos que se - custodiasen en éste pasarán al Consulado de carrera del que dependían.

En el segundo caso, el artículo 9º del citado Anexo III dispone que "cuando se suprima un Consulado de carrera se hará - cargo de su Protocolo el Consulado General o, en su defecto, la Embajada o Legación, y, a falta de ambos, el Consulado de carrera más próximo en el mismo país. Si no hubiera Legación o Consulado de carrera, se remitirá al Ministerio de Asuntos Exteriores para los efectos expresados en el artículo 27 de este Anexo. El mismo procedimiento se seguirá al suprimirse una Misión diplomá-

tica. En el caso de suprimirse un Consulado por traslado a otra localidad próxima en el mismo país, continuará el Protocolo de -aquél a cargo del nuevamente establecido".

El Cónsul que se haga cargo del Protocolo de otro Consulado asumirá respecto a su custodia, los deberes y las atribuciones del suprimido siendo el llamado a expedir copias de los instrumentos contenidos en los mismos, hasta que llegue el momento de su remisión al Ministerio.

A esta remisión se refiere el artículo 27 del Anexo III del Reglamento Notarial, "los Agentes diplomáticos y consulares remitirán, para su custodia en el Archivo General de Protocolos de Madrid, por conducto del Ministerio de Asuntos Exteriores, -- los Protocolos de más de veinte años de fecha y los de las Agencias suprimidas en los casos previstos en el artículo 9º de este Anexo."

Y aún cuando en el citado Anexo III no se hace ninguna -referencia al momento en que deben empezar a contarse los veinte años para el supuesto de los Protocolos del artículo 6º -es decir, los no anuales-, creo que dicho plazo debe comenzar a partir de la diligencia de cierre de los mismos.

Unas precisiones sobre el libro indicador y su llevanza por los Agentes diplomáticos o consulares encargados de la fe pública en el extranjero, son necesarias.

Según el artículo 283 del Reglamento Notarial, reformado por Decreto de 22 de Julio de 1967, los Notarios deberán llevar un libro indicador, en el que se anotarán:

- a) Los testimonios de legitimidad de firmas de documentos

que pueden tener acceso al Registro de Ventas de Bienes Muebles a Plazos.

b) Los de legitimidad de firmas de los particulares y razones sociales en documentos que no se protocolicen con un instrumento público, y las legitimaciones, legalizaciones y testimonios por exhibición, que por el Notario o por el interesado se estimen pertinentes.

Sin embargo, el artículo 25 del referido Anexo III señala que "para los testimonios por exhibición, certificado de asistencia, testimonios de legitimidad de firmas y legalizaciones, los Agentes diplomáticos y consulares llevarán, en sustitución del libro a que se refiere el artículo 283 del Reglamento del Notariado, los libros y registros prevenidos por las disposiciones dictadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores".

Queda patente pues, que el libro indicador no se lleva en los Consulados. Entiendo ésto como un desacierto, pues sería muy conveniente para dejar constancia de todas las diligencias de tipo notarial que no se incorporan al Protocolo, ya que si bien la ausencia de libro indicador pudiera suplirse llevando un libro registro de testimonios y otro de legalizaciones, ésto de hecho no se lleva a cabo y sólo queda constancia de estos actos en el Libro Diario de Caja.

Según acabo de señalar, existen documentos notariales -- que no se incorporan al Protocolo, como los testimonios, las legitimaciones y legalizaciones.

Los testimonios emitidos por los Cónsules no ofrecen diferencias con los notariales. Respecto de las legitimaciones, el artículo 24 del Anexo III del Reglamento Notarial dispone que "los Agentes diplomáticos y consulares podrán dar testimonio de

legitimidad de firmas de toda clase de personas particulares y - razones sociales, puestas en su presencia y con los requisitos - consignados en el artículo 256 y siguientes del Reglamento del - Notariado, pero sin que sea necesario que los documentos se ex-- tiendan en papel del Timbre del Estado. Cuando los documentos ha-- yan de producir efecto en el país en que se firman, se observarán las prescripciones de carácter fiscal impuestas por la Legisla-- ción territorial".

Igualmente ofrecen peculiaridades las legalizaciones efec-- tuadas por los Agentes diplomáticos o consulares. Las legaliza-- ciones internacionales son necesarias para dar eficacia extrate-- rritorial a documentos públicos notariales.

El artículo 29 del Reglamento Orgánico de la Carrera Con-- sular de 27 de Abril de 1900, señala que los Cónsules podrán le-- galizar las firmas que sean conocidas y declarar la autenticidad de documentos emanados de autoridades y de particulares. Y en el Real Decreto de 29 de Septiembre de 1848 se dispone que los actos otorgados o autorizados en el extranjero, y legalizados por los Cónsules de España, hacen fe, en juicio y fuera de él, en todo - el Reino. Debe ser legalizada la firma del funcionario consular por el Ministerio de Asuntos Exteriores, según previene el artí-- culo 17 del Reglamento Notarial.

Asimismo, en el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dice que "los documentos otorgados en otras naciones - tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España, si reúnen los requisitos siguientes:

1º.- Que el asunto o materia del contrato sea lícito y - permitido por las Leyes de España.

2º.- Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal

para obligarse con arreglo a las Leyes de su país.

3º.- Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado -- los actos o contratos.

4º.- Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España".

De la lectura de este artículo se deduce que aún cuando el Cónsul, al efectuar la legalización, no sea competente para calificar el documento y haya de limitarse a certificar la autentiidad de la firma que autoriza el mismo, y que la persona a quien aquélla pertenece tiene la calidad que en el documento se le atriibuye, deberá negarse a legalizar un documento que tuviera relación con un hecho immoral, delictivo o ilícito.

Cuando las Leyes o prácticas del país en que esté acreditado lo reconozcan o esté así estipulado en el Convenio Consular (20), podrán los Cónsules españoles legalizar documentos procedentes de España que hayan de surtir efectos en el lugar donde -- aquéllos residen. Estos documentos deberán haber sido previamente legalizados por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Debo destacar finalmente, que existe una marcada tendencia a la supresión de legalizaciones, ya que el incremento de -- las relaciones comerciales y jurídicas entre los países y la facilidad de comunicaciones han hecho rectificar puntos de vista -- clásicos que parecían inalterables. (21).

V.- LA FEDACION DEL AGENTE DIPLOMATICO O CONSULAR Y LA AUTORIZACION DE LOS TESTAMENTOS

Para terminar este análisis de la función notarial desempeñada por los Agentes diplomáticos y consulares (22), haré una breve referencia a su actividad autorizante desempeñada en materia de testamentos.

Al iniciar este capítulo, referido a la función notarial desempeñada por los Cónsules, decía que en virtud de la ficción de la extraterritorialidad, que supone a los Agentes representativos de los Estados residiendo en territorio patrio y equipara, por tanto, la sede diplomática o consular al territorio español, lo allí hecho se considera como si se hubiera realizado en España, por lo que se refiere a formalidades y requisitos.

Así como se considera, en virtud de análoga ficción, el buque español como una prolongación del territorio nacional y se arbitra por el legislador un fedatario que pueda autorizar el testamento otorgado a bordo, el representante diplomático o consular de España en el extranjero se supone que lleva consigo parte del territorio, cuando ha de intervenir en actos de los naturales o nacionalizados en el país que representa, hasta el punto de que la casa del Embajador o del Cónsul se reputa como asilo reservado a los mismos para ejercer las funciones que les estén señaladas, con independencia de toda autoridad del país en que se encuentre, y, entre ellas han de autorizar testamentos. Por ello el español que ordena su última voluntad en el extranjero ante un Representante de su Nación, se entiende que testa en su país, y por consecuencia, ha de observar, no la doctrina de los estatutos, porque ésta deja entonces de ser aplicable, sino las propias leyes de su territorio.

Por tanto la afirmación de que los españoles en el extran

jero pueden testar ante un Agente diplomático o consular que resida en el lugar del otorgamiento, y con arreglo a las leyes del país testador, no contradice el principio "locus regi actum", reconocido en la frase inicial del artículo 11 del Código Civil al preceptuar que las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos, se regirán por la ley del país en que se otorguen. La posibilidad prevenida en el número 3 del artículo 11 es perfectamente compatible y congruente con la del número 1, ya que no impide que los españoles puedan testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

Este número 3 del artículo 11 del Código Civil dispone - que cuando los testamentos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

Así mismo, el artículo 734 del citado cuerpo legal, señala que podrán los españoles que se encuentren en país extranjero, otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el Agente diplomático o consular de España residente en el lugar de su otorgamiento. En estos casos dicho Agente hará las veces de Notario, y se observarán las formalidades establecidas en los artículos 694 a 715 del Código sustantivo.

Si los Cónsules revisten el carácter de funcionarios notariales teniendo autoridad para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, según previene el artículo 29 del Reglamento de la carrera consular de 27 de Abril de 1900, y el artículo 29 de los Aranceles Consulares de 7 de Junio de 1949 preveen los honorarios de dichos funcionarios por la autorización de testamentos abiertos o cerrados, no hay duda que las normas particulares reguladoras de la función consular están acordes con el artículo 734 del Código Civil, cuya ex

gésis haré a continuación, junto a la de los dos artículos siguientes.

La primera duda que suscita la redacción de este artículo es si la facultad autenticadora de los testamentos está atribuida a todo funcionario diplomático o consular que esté acreditado como tal en la residencia del testador, como parece desprenderse del mismo, o solamente está atribuida a algún funcionario concreto cuando la representación diplomática o consular esté compuesta por varios funcionarios. El artículo 1 del Anexo III al Reglamento Notarial de 1944, que examiné en su momento, resolverá la duda en favor de la concreción en un determinado funcionario de la facultad autorizante.

Si en el caso anterior la redacción peca de genérica, el defecto contrario observo en la referencia a la clase de testamento, abierto y cerrado. En efecto, si se siguen las formalidades ordinarias de la legislación española, lo único que varía es la persona del autorizante, por no disponer de notarios españoles en el extranjero. No hay duda que se trata el testamento del 734 de una forma testamentaria común. Como, según el artículo 676 del Código Civil, los testamentos sólo pueden ser comunes y especiales, dado que la forma ológrafa, dentro de los testamentos comunes, no precisa intervención notarial alguna, la especificación ha de considerarse superflua.

Con la particularidad de la persona que desempeña las funciones notariales, los testamentos abiertos y cerrados, a que alude nuestro artículo, son verdaderamente solemnes y ordinarios. No necesitan de confirmación posterior, ni de ninguna otra solemnidad supletoria, para que después del fallecimiento del testador surtan todos sus efectos.

La referencia a las Secciones quinta y sexta de este capi

tulo es completa y sin limitación alguna. Por tanto, ante los - Agentes diplomáticos y consulares podrán asimismo testar los sor dos y ciegos, los que se hallen en peligro inminente de muerte y los que testen en tiempo de epidemia. Estas dos últimas formas - deberán autorizarse interviniedo forzosamente dichos funciona- rios, aunque los artículos 700 y 701 de nuestro Código no preci- sen la comparecencia de Notario; porque se admite en el extranje ro testar con arreglo al citado Código en tanto que tal acto se realice en presencia de los representantes diplomáticos y consu- lares de España.

La razón del artículo 734 es el establecimiento de la fa cultad concedida a los españoles en el extranjero para otorgar - testamento ante el agente diplomático o consular de España, y es ta circunstancia es la que condiciona toda la materia objeto del artículo, el cual sólo se refiere a los testamentos ante dichos funcionarios.

Este condicionante es lógico si se recuerda la ficción - de la extraterritorialidad, según la cual las embajadas o consu- lados se consideran territorio nacional, como fundamento de la - excepción a la regla locus regit actum, No estando otorgado el - testamento de un español ante agente diplomático o consular, en- cargado de la fe pública, no resulta hecho en España, y no pue- den tener aplicación las prescripciones de las leyes españolas - en lo relativo a las formas y solemnidades del mismo.

No autorizando el acto el agente diplomático o consular de España, será aplicable el párrafo primero del artículo 732 y habrá de otorgarse el testamento con sujección a las formas esta blecidas por las leyes del país en que se halle el testador.

Pero si bien quien se encuentre en peligro de muerte o - quien desee otorgar testamento en localidad del extranjero donde

exista epidemia, puede acudir ante el agente diplomático o consular, pues no sería justo privar de esta posibilidad, dificultando, generalmente la testamentificación, al obligar a la observancia de la legislación propia del país extranjero, probablemente menos conocida, la intervención de un fedatario que hace las veces de notario trae consigo, en mi opinión, ineludibles consecuencias. En efecto, no serán exigibles los cinco testigos previstos en el artículo 700, sino que bastarán tres, conforme al 694; y no serán de aplicación los 702, 703 y 704, pese al carácter total de la remisión del artículo 734.

Dado que ello contribuirá a facilitar el otorgamiento en una situación en la que debe fomentarse las facilidades, lo que inspiró al redactor de los artículos del 700 al 704, entiendo que, aunque tenga que intervenir el agente diplomático o consular, como fedatario autorizante, la ventaja que representa la reducción de la edad a dieciseis años del 701, respecto al número 1 del artículo 681; y la validez pese a no saber escribir del 702, en relación con el primer párrafo del 694 y el número 5 del artículo 707, es aprovechable y, en consecuencia, de aplicación esos artículos 701, 702 y 707, incluidos, a fin de cuentas, en las Secciones quinta y sexta a que se remite el artículo 734.

En relación con la solemnidad 5ª del artículo 707, creo que cuando se otorgara testamento cerrado ante un agente diplomático o consular, en peligro de muerte o en tiempo de epidemia, si no se encuentra en el momento testigos que supieran escribir o firmar, en la fase de apertura, regulada en los artículos 1956 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podría bastar con el testimonio acerca del estado del pliego, conforme al 1960 de dicha Ley Adjetiva o se podría suplir la deficiencia con la fórmula prescrita en el siguiente 1964 para el caso de fallecimiento de los testigos.

La única excepción a la remisión global que a las seccio

nes quinta y sexta hace el artículo 734, es la referente a la dispensa del requisito de la domiciliación en el lugar del otorgamiento, que prevee el artículo 681 al que, dichas secciones se refieren cuando hablan de idoneidad de los testigos. Creo que el significado de esta excepción se encuentra en el deseo del legislador de facilitar la testamentificación a quien, encontrándose en país extranjero, si tiene intención de testar, será por poseer auténtico interés en ello. El artículo 681 establece las condiciones que los testigos habrán de cumplir y todas ellas habrán de concurrir por tratarse de testamentos hechos con arreglo a las solemnidades de las leyes españolas. Entiendo que un extranjero, respecto a la nacionalidad española del otorgante, si entiende el idioma del testador, cumpliendo por tanto el nº 4 del artículo 681, puede actuar como testigo, máxime si asegura conocer al testador y el Consul conoce a éste y al testigo, y aunque dicho testigo no tenga su domicilio en la población donde se realiza el otorgamiento.

Pienso que con la excepción del párrafo segundo del 734, se ha facilitado al máximo la actuación de los testigos, pues podrán intervenir españoles, sean o no domiciliados en el lugar del otorgamiento, e incluso extranjeros, siempre que entiendan el idioma español del testador, con independencia de su domiciliación en otra población, si son conocidos del Cónsul. Podrán ser testigos del testamento los extranjeros, toda vez que el testamento diplomático no se rige por las leyes del país en que se otorga sino por las españolas, y además, porque pudiendo ser testigos en testamentos los extranjeros en España, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que se hallen domiciliados en el lugar del otorgamiento, con la misma o mayor razón han de estar en aptitud de serlo tratándose de documentos otorgados en los Consulados de España en los países en que estuvieran aquéllos domiciliados. Y ello aunque el domicilio no lo tenga el nacional del país del otorgamiento en el mismo lugar en que se efectúe éste, porque hasta estos términos extiende la excepción del 734.

La remisión que el 734 hace a la totalidad de las secciones quinta y sexta, supone el que sea aplicable al Consul autorizante lo prevenido en los artículos 705 y 715, que determinan la responsabilidad impuesta a los Notarios, tanto en los testamentos abiertos como en los cerrados, por los daños y perjuicios que se breven de la declaración de nulidad de dichos testamentos, fundada en no haberse observado las solemnidades establecidas para los mismos, cuando la falta procediere de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables; siendo las circunstancias similares y concurriendo la misma razón de derecho, debe ser idéntico el precepto de la Ley. El agente diplomático o consular, como el Notario, tiene el deber de conocer la legislación española para aplicarla correctamente, y si por malicia o por negligencia o ignorancia inexcusables por su parte, se originó la nulidad de la que se derivan daños y perjuicios, es lógico y justo que esté obligado a repararlos, reparación que en todo caso se le podría exigir de conformidad con el artículo 1902 del Código Civil.

El artículo 735 previene la remisión al Ministerio de Asuntos Exteriores de la copia del testamento o del acta de otorgamiento, según los casos. Si el testamento otorgado es abierto, se remitirá copia autorizada del mismo, y si fuese cerrado, entonces la copia que ha de remitirse es del acta de su otorgamiento. El artículo no habla de los testamentos ológrafos, porque éstos no se otorgan ante funcionario alguno, y, por lo tanto, nada tiene que hacer el Cónsul, ni podría hacerlo normalmente por falta de noticia de su otorgamiento. Sólo en el caso de que el otorgante lo dejase en su poder, tendría que proveer a su custodia y conservación mientras el testador viviera y una vez ocurrido el fallecimiento, habría de dar cumplimiento a lo ordenado en el párrafo primero del artículo 736, remitiéndolo al Ministerio de Asuntos Exteriores.

La razón del precepto contenido en el 735 aparece un po

co oscura, si se tiene en cuenta que el aseguramiento de las disposiciones de última voluntad y el conocimiento de ellos está garantizado por la existencia del Registro de Actos de Ultima Voluntad. Pero hay que tener en cuenta que en el momento de la redacción del Código Civil vigente, no estaba totalmente configurado el Registro citado, cuya organización inicial se encuentra en las disposiciones del Real Decreto de 19 de Febrero de 1891 y que en la actualidad constituye el Anexo II del Reglamento Notarial de 2 de Junio de 1944. Este Anexo, en sus artículos 3, apartado a) y 11, establece fórmulas para que los testamentos autorizados por Agentes Consulares se incorporen al Registro General de Actos de Ultima Voluntad, creado en 14 de Noviembre de 1885, y sean, - en consecuencia, garantizados su conservación y su conocimiento. Por ello, el redactor del Código recogió una fórmula, la del 735, cuya finalidad y espíritu se corresponde con el perseguido por dicho Registro.

Pero en sí mismo considerado, la finalidad del 735 aparece clara, pues la remisión de la copia al Ministerio de Asuntos Exteriores se hace para que sea depositada en su archivo, y este depósito tiene por objeto asegurar su conservación y que, en todo caso, conste la existencia del testamento, para que los interesados puedan gestionar lo que les convenga.

Esta remisión deberá hacerse a la mayor brevedad, sin tener que esperar a que fallezca el otorgante, pues el objeto es poner a buen recaudo cuanto antes la voluntad del testador, si el testamento es abierto, o hacer públicamente constar el hecho del otorgamiento, si es cerrado, para evitar fraudes y abusos.

En el primer caso, el testamento original quedará como matriz en la oficina del agente que desempeña las funciones notariales, y en el segundo, o sea cuando el testamento fuere cerrado, éste quedará en poder del testador o de la persona a quien -

éste confiriere su guarda, o del agente diplomático o consular - que interviniera en su otorgamiento, si el otorgante le hubiera hecho entrega de él para su conservación y custodia.

Recibida en el Ministerio de Asuntos Exteriores la copia referida, se archiva para su depósito con el fin antes indicado.

Podría pensarse que más conveniente sería remitir dicha copia al Juez del último domicilio del testador, porque allí es donde ha de tener su familia y sus amistades y, por lo tanto, es probable que allí se encuentre el presunto heredero, siendo así más fácil que tengan conocimiento de la disposición testamentaria los interesados en la sucesión y puedan gestionar lo conducente para la ejecución y cumplimiento de la última voluntad. Pero, dada la existencia del Registro General de Actos de Última Voluntad, esta finalidad de conocimiento y de gestión se consigue en igual medida y siempre es más conveniente la centralización en un mismo organismo de las disposiciones de última voluntad.

Si el testamento fuere cerrado, después de autorizada el acta del otorgamiento, decía que puede quedar en poder del testador o de cualquiera otra persona a quien éste confíe su guarda, o del mismo funcionario que interviniera en el otorgamiento, si a éste fuere entregado con dicho fin en el acto de su autorización o después de él. Lo mismo puede suceder respecto al ológrafo, el cual, una vez escrito por el testador, puede conservarlo éste en su poder, o confiar su guarda a alguna persona particular de su confianza, o entregarlo para su custodia al agente diplomático o consular acreditado en el lugar de su residencia.

Si quedare dicho testamento en poder del testador, nada tendrá que hacer el agente mencionado hasta que ocurra el fallecimiento y en las diligencias de prevención correspondientes apa

rezca dicho testamento. En el caso de que quedare en poder de un particular de la confianza del testador, tampoco tendrá nada que hacer el agente referido hasta que, fallecido el otorgante, sea presentado el testamento por la persona encargada de su guarda, la cual, en armonía a lo dispuesto en el artículo 712, deberá -- presentarlo oportunamente luego que sepa el fallecimiento, incurriendo, de no hacerlo así, en las responsabilidades establecidas en dicho artículo y en el 713. Y, por último, en el caso de que dichos testamentos hubieren sido depositados en poder del agente diplomático o consular indicado, se limitará éste a conservarlo y custodiarlo, y luego que fallezca el testador, se dará cumplimiento a lo ordenado en el párrafo primero del artículo 736, remitiéndolo al Ministerio de Asuntos Exteriores, con certificado de la defunción.

Los términos de dicho artículo no admiten limitación alguna y se refieren a todo testamento otorgado por español, que hubiere sido depositado ante dicho funcionario, y, por lo tanto, comprende lo mismo al que hubiere sido otorgado en España que en cualquier punto del extranjero. No es, pues, condición precisa -- que dichos testamentos hayan sido hechos en el lugar en que reside el funcionario a quien se confie su depósito.

No debe confundirse la remisión ordenada en este artículo con la que previene el 735. Este por lo que respecta al testamento cerrado, se reduce a la copia del acta de otorgamiento, y el 736 se refiere al testamento original; aquella remisión, además, ha de tener lugar inmediatamente después del otorgamiento, y ésta no ha de llevarse a efecto hasta que ocurra el fallecimiento; aquélla se contrae a documentos otorgados ante el funcionario consular o diplomático que ha de hacer la remisión, y ésta puede tener lugar aunque el testamento no hubiere sido otorgado ante él, bastando que haya sido depositado en su poder.

Encontrado el testamento en las diligencias de prevención

cuando lo conservó el testador, entregado por el particular encargado de la custodia en su caso, o al tenerse noticia del fallecimiento del otorgante si quedó depositado en poder del agente diplomático o consular, este funcionario hará la remisión indicada a la mayor brevedad.

El artículo citado no tenía que hacer esta prevención, puesto que se hallaba consignada en el artículo 712, con el cual se encuentra en relación, toda vez que la obligación impuesta a dicho funcionario es la misma establecida en el mencionado artículo respecto de los Notarios, con la única diferencia de que la remisión ha de hacerse al Ministerio de Asuntos Exteriores en vez de hacerlo al Juez competente.

Una vez recibido por dicho Ministerio, se procederá a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 736. Y en esa remisión al Ministerio de Asuntos Exteriores y en la no adopción, en este caso, de la fórmula utilizada por el legislador para el testamento militar y el marítimo, es decir la previsión legal de que el Ministro receptor, envíe el testamento a la autoridad judicial, según determinan los artículos 718 y 727, radican los problemas y las dudas.

En efecto no parece una fórmula demasiado conseguida, pues el primer problema se plantea respecto de la apertura del testamento cerrado, que por su propia esencia vendrá en plica cerrada, y respecto del ológrafo que, por preferencia del otorgante, también venga en sobre cerrado. A tenor literal del 736 el Ministerio de Asuntos Exteriores se limitará a publicar el fallecimiento del otorgante, pero no podrá ni deberá abrir la plica, para señalar en su anuncio en el Periódico Oficial el nombre de los beneficiarios de la disposición testamentaria. Desde el punto de vista práctico, dado que el Boletín Oficial de Estado no es de general lectura, podrá fácilmente ocurrir que a los pre

suntos interesados en la herencia, familiares o allegados les -- pase desapercibida la circunstancia del fallecimiento, lo que no ocurriría si se remitiera a la autoridad judicial y ésta, procediendo a la apertura del testamento con los requisitos prevenidos en los artículos 1956 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiera citar a los interesados en la herencia por en ella haber sido instituidos. Es decir la actuación legal, limitada al anuncio en el Boletín Oficial del Estado es, desde el punto de vista práctico, inconveniente; pero la transgresión de los límites abriéndose el sobre cerrado que contenga el testamento -- por el Ministerio es jurídicamente imposible, dado que es una actuación a realizar con determinadas garantías ante autoridad judicial, no gubernativa.

Pero además, si en virtud del anuncio, comparecen ante -- el Ministerio de Asuntos Exteriores, parientes o allegados diversos, cuyos derechos de preferencia, de unos respecto de otros, -- no sean demasiado claros, o halla que apreciar la personalidad -- de los comparecientes u otras cuestiones, un órgano ejecutivo, -- como es el Ministerio, habrá de realizar una cierta labor de enjuiciamiento para entregar a unos u otros el testamento original cerrado, al objeto de que insten las diligencias de apertura y -- protocolización.

Si el testamento es cerrado, o si es ológrafo pero contenido en pliego cerrado, pues para el caso es lo mismo, habrá de cumplirse lo prevenido en el artículo 714 del Código Civil, es -- decir lo previsto en los artículos 1956 y siguientes de la Ley -- de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto los que se supongan interesados en la herencia en el concepto de parientes o allegados, cuyos extremos acreditarán ante el Ministerio de Asuntos Exteriores con las oportunas -- certificaciones del Registro Civil, deberán obtener el testamen-

to, sea ológrafo o cerrado, y ante el Juez del último domicilio del difunto, o si éste no es conocido, ante el Decano de los de Madrid, solicitarán la práctica de las diligencias a que aluden respectivamente los artículos 693 y 714 del Código; entendiéndose que la protocolización que trata el 736, apartado 2, lleva so breentendida, en un caso, la apertura del testamento cerrado, - que precederá como es natural, a aquel trámite; y en otro, las - prácticas de comprobación de la letra del testador.

Si el testamento ológrafo se halla en pliego abierto, no existe inconveniente en que se haga el llamamiento de los intere sados en la herencia por medio de la Gaceta de Madrid, al propio tiempo que se participa el fallecimiento del testador y el haber dispuesto su última voluntad ante un agente diplomático o consular. Lógico es que el artículo 736 no se refiera al testamento - abierto pues, respecto al otorgado en esta forma ante el agente consular, no procede actuación ninguna posterior al otorgamiento ya que dicho funcionario hace las veces de Notario y, a diferencia del Comisario de Guerra del artículo 717, lleva protocolo al que queda incorporada la matriz del testamento abierto, ello sin perjuicio de las obligaciones que, respecto de estos protocolos, corresponden a dichos agentes consulares, recogidas en el Anexo III del Reglamento Notarial y ya señaladas en su momento.

- (1) .- FERNANDEZ CASADO, M. "Tratado de Notaria". Edit. Vda M. Mi-
nuesa, tomo I, Madrid 1895, pág. 38.
- (2) .- MENGUAL Y MENGUAL, J. "Elementos de Derecho Notarial". -
Libr. BOSCH, Barcelona 1933. En tomo II, vol. II, págs. -
219 a 366 analiza la razón de ser de las instituciones si-
milares al Notariado que ejercen funciones notariales.
- (3) .- WARDEN "On the origin, nature, progress and influence of
consular establishments". París 1813, pág. 36.
- (4) .- CANDIOTTI, A. "Historia de la institución consular en la -
antigüedad y en la Edad Media". Edit. Internacional, Bue-
nos Aires 1925, pág. 79.
- (5) .- COVIAN, V. "Jurisdicción civil de los Cónsules españoles"
en Revista de los Tribunales 1898, pág. 185.
- (6) .- CANDIOTTI, A. op. cit. pág. 158.
- (7) .- COVIAN, V. op. y loc. cit.
- (8) .- FERRARA. "Manuale di Diritto Consolare". Padova 1936, pág.
14.
- (9) .- Ver HERNANDEZ-BRETON, A. "Atribuciones y prerrogativas de
los Cónsules". Maracaibo 1951, págs. 17 y ss.
- (10).- FERRARA. op. cit. pág. 20.
- (11).- Sobre historia de la institución consular:

STECK "Essai sur les Consuls". Berlín 1790.

BOREL "De l'origine et des fonctions des consuls". San Pe-
tersburgo 1807.

MILTITZ "Manuel des Consuls". Londres y Berlín 1837-38.

HARTENS, F. "Traité du Consulat". Hamburgo 1839.

CONTUZZI, F. "Trattato Teórico-Practico di Diritto Conso-
lare e Diplomatico". Torino 1910.

(12).- El artículo 15 del Convenio Europeo sobre las funciones - consulares (París, 11 de Diciembre de 1967), dice:

"1. Les fonctionnaires consulaires ont le droit de dresser ou recevoir en la forme notariée ou en la forme analogue prévue par les lois e reglements de l'Etat d'envoi:

- a) tous actes et contrats concernant exclusivement les re
soortissants de l'Etat d'envoi;
 - b) les contrats de mariage dans lesquels au moins l'une -
des parties est ressortissant de l'Etat d'envoi;
 - c) tous actes et contrats non obstant le fait qu'aucune -
des parties ne soit ressortissant de l'Etat d'envoi, a
la condition que ces actes et contrats se rapportent a
des biens situés dans cet Etat ou soient destinés a -
produire leurs effets sur le territoire de ce meme -
Etat.
2. Les actes et contrats visés au paragraphe précédent ne
pourront produire déffets juridiques sur le territoire
de l'Etat de résidence que dans la mesure ou les lois
et reglements de celui-ci ne s'y opposent pas.
3. Lorsqu'une prestation de serment ou une déclaration te
nant lieu de serment est exigée par les lois et regle-
ments de l'Etat d'envoi, les fonctionnaires consulai-
res ont le droit de recueillir ce serment ou cette dé--
claration".

(13).- Clausulas similares encontramos en los Convenios entre --
Estados Unidos e Inglaterra de 1951 y en general, en to--
dos los convenios consulares británicos.

(14).- La República Popular China y la Unión Soviética de 1959,
y el artículo 20 del Convenio entre la República Federal
Alemana y la Unión Soviética de 1958.

(15).- TRAJANO FERRA, J. "Cónsules y Consulados. Estudios de Dere
cho Consular universal". Edit. F. Fe 2ª edic. Madrid 1913,
pág. 418

(16).- GIMENEZ-ARNAU, E. "Derecho Notarial". Edit. Universidad -
de Navarra. Pamplona 1976, págs. 391 y 392.

(17).- El párrafo 2º de este artículo 181, se encuentra derogado,
al no ser conforme con el artículo 12 de la Constitución
española.

- (18).- El artículo 48 de los vigentes Aranceles Consulares de 7 de Junio de 1949 determinan esta ausencia de responsabilidad.
- (19).- Una Orden Circular número 2359 del Ministerio de Asuntos Exteriores, emitida el 9 de Octubre de 1952, dispuso en - envío por duplicado de los índices anuales y el formato - que debían guardar.
- (20).- Por ejemplo el artículo 11 del Convenio Consular entre España y Brasil firmado en Rio de Janeiro el 15 de Junio de 1878.
- (21).- En este sentido se pronunció la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, en el proyecto de Convención de 5 de Mayo de 1959, en el que se proponía la supresión de legalización en los documentos notariales.
- (22).- Sobre estas materias puede consultarse:
- IRIZARRY Y PUENTE, J. "Traité sur les fonctions internationales des Consules". Traduit par D. Schelegel. París, 1937, págs. 457 a 473.
- FLAISCHLEIN "Des attributions des consuls en matière de notariat et d'état civil". París 1892.
- MILLARUELO, O. "La función notarial y su ejercicio por - los agentes consulares de España en el extranjero". Revista Española de Derecho internacional. V. 4 (1951) pág. - 579.

C A P I T U L O VI

I.- EVOLUCION HISTORICA DE LA FE PUBLICA MERCANTIL

Inicialmente los mediadores mercantiles nacen en el mundo del comercio para poner en relación a compradores y vendedores, - es decir, realizando una función pura de mediación. Puede aceptar se a este respecto la descripción recogida en la Segunda Partida, título 27, Ley 33, expresiva de la función pura de mediación.

Pero en una segunda etapa en la evolución de la función - mediadora y dada la independencia que se supone en el corredor - respecto de las partes contratantes, su testimonio se considera - útil y eficaz cuando se producen discrepancias entre dichos contra - tantes. Es entonces cuando el corredor concurre ante las autoridades para explicar cómo fue la operación en la que él intervino, - aunque no actúa como depositario de fe pública y su intervención no es sino la de un testigo cualificado que podía prestar su testimonio sobre el contenido del contrato, pero sin que sus declaraciones o los asientos de sus libros tuvieran una especial fuerza probatoria (1).

La tercera etapa tiene lugar cuando el testimonio del corredor adquiere una mayor eficacia en juicio por las formalidades de que se revisten las actuaciones de los mediadores y por las - exigencias respecto de la honestidad y seriedad que se exige a - los mismos. En el Código de las Costumbres de Tortosa (2) se les reconoce ya el carácter de "Oficiales públicos" pero sin que su - consideración como personas públicas (como personas públicas deben servir a todo hombre que por razón de su oficio les haya menester) suponga la atribución de facultades fedatarias.

Una vez que el tráfico mercantil adquirió considerables dimensiones, se precisaba adoptar en él las máximas garantías de seguridad, y la principal garantía era la de otorgar a la intervención de determinadas personas (la correduría no era libre sino que se obtenía por concesión del poder real) una fuerza probatoria plena para que los negocios en que hubieran mediado no pudiesen ser objeto de discusión (3).

La fe pública mercantil nació en el momento en que las relaciones mercantiles adquirieron una cierta importancia y complejidad. Esto es así porque la fe pública mercantil atiende fundamentalmente a la seguridad del tráfico, es una institución que persigue la seguridad en el intercambio comercial, tan necesaria que incluso ha inspirado al legislador reglas tan contundentes como la de la prescripción a favor del comprador de las mercancías no propiedad del vendedor adquiridas en almacenes o tiendas abiertas al público del artículo 85, o como la de la irreivindicabilidad de títulos - valores del artículo 545, ambos del Código de Comercio.

Una Real Cédula de Alfonso V de Aragón en 1444 atribuye a los corredores la facultad de dar fe de los contratos en que intervengan ("adhibere fides super contractibus in quibus eos interesse contingit").

Las primitivas Ordenanzas de Bilbao de 1450 en su capítulo 15, nº 5 prescribían que los libros de los corredores harían fe en juicio en caso de discrepancias entre los contratantes.

La nueva recopilación de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 ya corrobora el carácter de fedatarios públicos en lo mercantil de estos agentes mediadores. Estas Ordenanzas reiteraban la obligación de anotar diariamente las operaciones en un libro foliado en la forma debida y el privilegio de dar fe de sus asientos y de claraciones (4).

De las siete Ordenanzas de que consta la Real Provisión -- de Carlos III de 1769, la Ordenanza tercera establece la obligac-- ción de llevar libros registro y la quinta determina que la inter-- vención del corredor en los diversos negocios que señala en algún caso, tanto en juicio como fuera de él, da fuerza y valor de docu-- mento hecho ante escribano, a aquél en que el negocio consta.

Con ello se inicia la etapa marcada por la objetivización de la fe pública reconocida al corredor en sus libros, etapa inicia-- da, como acabo de señalar, por las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y la prosigue el Código de Comercio de 1829 y el vigente, así como la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando en su artículo 1429 exige para la eficacia de la acción ejecutiva que las pólizas ori-- ginales de los contratos intervenidos por mediadores mercantiles colegiados coincidan con las inscripciones registrales de los mis-- mos.

En efecto, el Código Mercantil de 1829 viene a señalar -- que el oficio de corredor es de carácter público siendo ejercido única y exclusivamente por aquellos que han obtenido el nombra-- miento real, y llevando aparejada la fe pública (5).

Pocos meses después de la publicación de este Código, con-- cretamente el 10 de Septiembre de 1831, se crea en Madrid la pri-- mera Bolsa de Comercio española y una nueva figura de agente me-- diador, el Agente de Cambio, sin antecedentes históricos en nues-- tro país, ya que era copia del sistema francés.

Estos Agentes de Cambio quedaron configurados como posee-- dores de la facultad de intervenir en las operaciones bursátiles, y de autenticar la contratación por ellos intervenida.

El Decreto 30-11-1868 modifica el régimen de monopolio -- con que se llevaba a cabo el ejercicio de la función mediadora --

por los Corredores y Agentes, declarando libres los oficios de Corredor de Comercio, Agente de Bolsa y Corredor Intérprete de buques, y dando a todo español o extranjero la posibilidad de ejercer dichos oficios sin necesidad de ningún requisito. No obstante, el ámbito subjetivo de la fe pública mercantil no se vio afectado por este proceso de "liberalización" y en el Decreto se ratifica el carácter de verdaderos notarios de los Corredores y Agentes diciendo que "representan la fe pública" y que "bien puede decirse que bajo este punto de vista son Notarios del Comercio y de la Banca". Consecuente con ese criterio, si bien consigna el legislador la figura del Agente o Corredor "libre", le niega el carácter de notario público para las operaciones en que intervengan y no reconoce eficacia probatoria a sus libros y certificaciones (artículo 2). Por el contrario "como representantes de la fe pública en la contratación de efectos públicos y materia comercial" prevé la creación en cada plaza de un Colegio de Corredores de Comercio e Intérpretes de buques y otro de Agentes de Bolsa, donde la hubiera (artículo 3) y declara que los individuos, tanto de uno como de otro Colegio "tendrán el carácter de notarios para las transacciones en que intervengan y sus libros harán prueba en juicio" (artículos 5 y 8). Declarado en suspenso el Decreto de 1868, la mediación libre al lado de la colegiada investida de fe pública vuelve a estar vigente en nuestro país al ser establecida por el Reglamento para la organización y régimen de las Bolsas de Comercio aprobado por Real Decreto de 31 de Diciembre de 1885 y confirmada por el vigente Código de Comercio (artículo 89). El Reglamento actual de las Bolsas de Comercio de 30 de Junio de 1967, no supone variación alguna en este punto (6).

II.- CARACTER DUAL DE LA FUNCION DEL FEDATARIO MERCANTIL

Como se deduce de la Exposición de motivos del Código de Comercio, en nuestro Derecho se distingue perfectamente "entre la

profesión o industria del Agente mediador, que consiste, ante todo en poner en relación a los compradores y vendedores, facilitando la contratación mercantil", que "... constituye realmente una parte del mismo comercio..." y "... una mera manifestación de la industria humana...", y, por otra parte, "... el oficio público - - creador para dar autenticidad a los contratos celebrados entre comerciantes o sobre operaciones de comercio, y para influir en la cotización de los valores y mercancías...", lo cual "... constituye una verdadera función del Estado, como lo es el ejercicio de la fe pública, cuya conservación conviene mantener en beneficio de los intereses comerciales que, mediante estos funcionarios, reperitos en la industria mercantil, encuentran fácilmente los medios para dar validez y autenticidad a las diversas operaciones mercantiles".

Pues bien, en los Agentes mediadores colegiados se acumulan ambos aspectos. Son Agentes mediadores y, por ello, son comerciantes, dedicados a una parcela específica y concreta de la actividad comercial: la mediación y la comisión.

Pero, además, en cuanto Agentes "colegiados" ejercen "una verdadera función del Estado, como lo es el ejercicio de la fe pública" y tienen el carácter de notarios (artículo 93 del Código de Comercio).

Los Agentes mediadores colegiados son, pues, por una parte Agentes mediadores y en cuanto a tales, son comerciantes dedicados a un tráfico especial de mediación o comisión. Su actividad, en este sentido, es una actividad esencialmente comercial análoga, en principio, a la de cualquier Agente mediador libre.

Pero, en nuestro derecho, el Agente mediador colegiado no solo es comerciante a semejanza del Agente mediador libre, sino - que el Agente "colegiado" es además fedatario público. Tiene el carácter de notario, como señala el artículo 93 del Código de Co-

mercio, en el ámbito de la materia mercantil propio del oficio de Agente de Cambio y Bolsa colegiado o de Corredor de Comercio colegiado o de Corredor intérprete de buques colegiado que respectivamente ejerza.

Afirmar que en los Agentes mediadores colegiados concurre una doble cualidad de mediador y de notario público, y una doble actividad, la mediación y la dación de fe, no implica que, de hecho y en cada caso concreto, tengan que concurrir necesariamente ambas manifestaciones del oficio del Agente mediador colegiado. - En efecto, está fuera de duda la licitud de las operaciones en - que el Agente mediador interviene, prestando al acto los efectos propios de la fe pública, sin que antes de esta prestación, haya podido actuar en los tratos preliminares, aportando su actividad de mediador. Cuando las partes llegan a su presencia en muchas - ocasiones, ya se han puesto de acuerdo sobre la celebración del - contrato cuya intervención solicitan del Agente mediador colegiado. El convenio celebrado directamente por los contratantes es re cogido por el Agente mediador quien, sin haber intervenido en los tratos preliminares que a él condujeron, le dota de los efectos - de la fe pública inherentes a su intervención: prestación de fe - pública sin mediación (o comisión) previa. De manera simétrica, - la intervención de un Agente mediador colegiado no conduce neces ariamente a la dación de fe pública cuando las partes no llegan a un acuerdo: mediación o comisión, sin prestación de fe pública, da das en una intervención incompleta del Agente mediador.

.1.- Como comerciante

Analizaré brevemente el aspecto comercial de que el Agente mediador colegiado está investido, antes de estudiar su naturaleza de fedatario en lo mercantil.

El Código de Comercio destaca del Agente mediador colegia

do el carácter de comerciante en cuanto:

1º.- Exige a los Agentes mediadores colegiados que "tengan capacidad para comerciar con arreglo al Código" (artículo 94, 2º), como requisito para "ingresar en cualesquiera de Colegios de Agentes a que se refiere el artículo 90" del mismo Código, lo que demuestra que el legislador está contemplando la figura jurídica del Agente mediador colegiado como comerciante, y no solo como fedatario de carácter notarial, al que se refiere el artículo 93. - Para ser fedatario no se precisa ninguna capacidad comercial. Si el Código exige a los Agentes mediadores colegiados "capacidad para comerciar", solo puede explicarse por el hecho de que dichos Agentes mediadores colegiados, ejerzan una actividad comercial o puedan ejercerla.

2º.- Les prohíbe "comerciar por cuenta propia" (artículo 96, 1º). Los Agentes mediadores colegiados son comerciantes y pueden comerciar, pero, únicamente podrán hacerlo por cuenta ajena. Su actividad comercial deberá concretarse a la actividad de comisión, a la que se refieren determinados artículos del Código especialmente en relación con el tráfico y negociación bursátiles".

3º.- Somete a los Agentes mediadores colegiados al procedimiento de quiebra (artículo 892) aplicable en nuestro derecho a quienes tienen el carácter de comerciantes.

Esta actuación comercial de los Agentes mediadores colegiados, que ofrece dos vertientes, la actuación como comisionista y la actuación como mediador en el sentido estricto, indudablemente tiene un contenido económico y unas características, en principio, equiparables a la análoga actividad comercial de los Agentes mediadores libres o no colegiados. Se trata de una actividad puramente comercial y privada. El contrato de mediación o de comisión que el Agente mediador colegiado concierta con su cliente es un -

contrato estrictamente privado.

No obstante ello no es obstáculo para que, incluso en relación con esa actividad comercial del Agente mediador colegiado, éste, por su carácter de persona pública, podría decirse de mediador público y oficial, quede sometido a una serie de prescripciones legales que no afectan al Agente mediador libre.

En efecto, el Agente mediador colegiado queda sujeto a una normativa legal y reglamentaria no solo en cuanto fedatario, sino también en su actividad comercial de mediador o de comisionista. Si bien la actividad comercial de comisión o de mediación que el Agente mediador colegiado realiza es esencialmente idéntica, en su contenido, a la que puede realizar cualquier Agente mediador libre, y el contrato de mediación o de comisión, que une al Agente mediador colegiado con su cliente, es un contrato privado, no obstante, en relación con dichos contratos se producen determinados efectos especiales a causa de los deberes y obligaciones que el Agente mediador colegiado debe observar, por su carácter de mediador público y oficial, y con independencia, aunque en estrecha relación, con la posterior función fedataria, que asimismo ejerce el Agente colegiado.

En consecuencia, siendo el Agente mediador colegiado, con independencia de su carácter de fedatario, un comerciante, y desarrollando, por tanto, una actividad comercial de comisión o de mediación, con un contenido esencialmente idéntico a la de cualquier otro Agente mediador libre, sin embargo, por su condición de mediador público y oficial, tiene una regulación específica aplicable a esa su actividad comercial, y tiene unos deberes profesionales, unas prohibiciones y unas responsabilidades que no dejarán de producir determinados efectos legales.

En efecto, tienen unas obligaciones y unos deberes que cumplir:

- Asegurarse de la identidad y capacidad de las partes con quienes contrata (artículo 95, 1º del Código de Comercio).
- Proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de hacer supuestos que induzcan a error a los contratantes (artículo 95, 2º del Código de Comercio).
- Guardar secreto profesional (artículo 95, 3º del Código de Comercio).
- Aceptar las órdenes de Bolsa que reciba (artículo 139, Rgto de Bolsas).
- Exigir las coberturas mínimas legalmente previstas en la reglamentación bursátil, para el caso de las operaciones a plazo (artículo 140 Rgto de Bolsa).
- Las obligaciones de entrega de títulos, saldos de liquidación, sustitución de títulos irregulares, etc. y demás obligaciones que en relación con esta actuación comercial prevé la reglamentación bursátil.

Queda afectado por una serie de limitaciones o prohibiciones:

- No puede comerciar por cuenta propia (artículo 96, 1º del Código de Comercio).
- No puede asegurar riesgos mercantiles (artículo 96, 2º del Código de Comercio).

- No puede negociar valores o mercaderías por cuenta de - suspensos, quebrados o concursados (artículo 96, 3º del Código de Comercio).
- No puede adquirir para sí los efectos de cuya negocia-- ción estuviere encargado, salvo en el caso de que el - Agente tenga que responder de faltas del comprador al - vendedor (artículo 96, 4º del Código de Comercio).
- No puede estar ligado a ningún otro comerciante o esta- blecimiento mercantil (artículo 96, 6º del Código de Co mercio).
- No puede aceptar operaciones por cuenta de clientes que no hubieran entregado a otro Agente las garantías regla mentarias correspondientes (artículo 141 Rgto de Bolsas).

Tienen unas responsabilidades legalmente previstas:

- Responde al comprador de la entrega de los efectos o va lores y al vendedor del pago del precio o indemnización convenida (artículo 101 del Código de Comercio).
- Responde civilmente por los títulos o valores industria les o mercantiles que vendiere después de hecha pública por la Junta Sindical la denuncia de dichos valores co mo de procedencia ilegítima (artículo 104 del Código de Comercio).
- Su quiebra se reputa fraudulenta cuando se justifique - que hicieron por su cuenta, en nombre propio, o ajeno, alguna operación de tráfico o giro, es decir, cuando se justifique que comercian por cuenta propia (artículo -

892 del Código de Comercio) lo que, como sabemos tienen prohibido (artículo 96, 1º del Código de Comercio), o - si la quiebra sobreviniese por haberse constituido el - Agente en garante de las operaciones en que intervino - (artículo 892 del Código de Comercio) lo cual igualmente tiene prohibido (artículo 96, 2º del Código de Comercio).

- Tiene responsabilidad penal, como encubridor civil, solidaria en caso de negociar valores sin haberse asegurado de la legítima propiedad de los mismos, a favor de la persona transmitente (artículo 4º del Decreto de 19 de Septiembre de 1936 y artículo 214 Rgto de Bolsas).

La actuación comercial del Agente mediador colegiado ha de ir unida indefectiblemente a actividad fedataria para que se pueda considerar que la actuación efectuada es la específica y propia de un Agente mediador "colegiado".

Incluso en ese primer aspecto de la actividad del Agente mediador colegiado, en que está resaltado su papel de comerciante se refleja en alguna medida su actuación notarial, pues también queda al descubierto que actúa como mediador con carácter de notario o como comisionista con igual carácter.

Actuando como mediador con carácter de notario, su actividad comienza por ser comercial, y se manifiesta en un contrato de mediación. Medió entre las partes, las guió y aconsejó. Con su intervención se llevó a cabo un contrato o, más sencillamente, les señaló la conveniencia de celebrar un contrato determinado.

Si su actividad culmina en el momento de celebrarse el contrato entre las partes, no hay duda de que su actuación mediadora ha sido completa; pero, como fedatario mercantil, su inter--

vención va más lejos, ya que da fe de que ese contrato se ha realizado. Su actuación en este segundo caso es, pues, completa y perfecta.

Si interviene como comisionista también el carácter de notario resalta. El contrato de comisión introduce la máxima flexibilidad. El fedatario mercantil recibe, un encargo, una comisión de su cliente o comitente, y este encargo no va dirigido a poner de acuerdo voluntades con su intervención -como ocurre cuando media entre las partes-, sino a ultimar un determinado contrato en su propio nombre y por cuenta de su comitente. El momento en que tal contrato quede ultimado es imprevisible; es más, puede ocu-rrir que el encargo se materialice en un único momento en que se formaliza el contrato, o puede suceder que la comisión se vaya -cumpliendo en momentos diferentes, y por partes, hasta darlo por concluido.

En estos supuestos se destaca en la actuación del fedatario mercantil su carácter comercial, no notarial: quien ultima el contrato es él mismo, ya que actúa en nombre propio, y puede llevarlo a cabo con otro comerciante, o, lo que es más frecuente, con otro compañero. Entonces la presencia física, y la unidad de acto se diluyen como requisitos formalista, en tanto que se enriquece el carácter mercantil primario de la intervención. En efecto, estas dos características de la actuación del notario pierden importancia.

La presencia física posible, sin embargo, no es indispensable: las relaciones entre comitente y comisionista pueden desarrollarse de modo personal directo, pero es frecuentísimo que lo sean por correo, por telégrafo, por teléfono, sin perjuicio en cada caso de las necesarias comprobaciones. La realización final -del encargo admite, en todos los casos, la sustitución del comi-sionista por un colaborador autorizado al efecto.

Piensese como ejemplo de comisión en las operaciones típicas de Bolsa. El comisionista encargado de una de esas operaciones no requiere que el comitente venga a su presencia: basta una llamada telefónica para "identificar" a un comitente ya conocido, basta una carta, basta incluso un telegrama. No es necesario que en ningún momento realice el comisionista por sí los actos que integran la comisión, por cuanto puede encargarla a colaboradores.

Pero la íntima relación de las dos facetas, mercantil y fedataria, de la actuación del Agente mediador colegiado supone - que pese a ese realce de la primera también quede de manifiesto - la segunda, si bien mitigada.

El comisionista fedatario dará fe del contrato y de la legalidad de cuanto con él se relaciona.

Se trata, pues, de una nueva manifestación de actuación completa y perfecta, que une a la actividad mercantil la dación de fe pública. Solo en este caso se empieza a observar, por auténticas y reales necesidades del tráfico comercial, un aligeramiento de formalidades que caracterizan el verdadero sentido y alcance de la fe pública mercantil.

Junto a la actuación del fedatario mercantil como mediador y como comisionista con carácter, en ambos casos, de notario, puede también darse su actuación exclusivamente notarial.

.2.- Como Fedatario

Si en los casos anteriores podemos llegar a la conclusión de que las intervenciones del fedatario mercantil son completas y perfectas porque abarcan su actividad decomerciante y culminan en la dación de fe pública, hay un tercer grupo de manifestaciones -

en que el fedatario mercantil interviene cuando ya las partes llegaron a un acuerdo, requiriéndole éstas solo para dar fe de lo convenido.

Es cierto que en estos casos la actuación del fedatario mercantil se reduce considerablemente. Es cierto que ya no podemos afirmar de su intervención que sea completa, sino, por el contrario, incompleta. Pero no puede mantenerse incluso entonces que su actuar sea igual al del notario, pues el caracter de comerciante también influye.

En estos casos lo que ocurre no es que se haya prescindido del comerciante -comisionista o mediador- y se hayan solicitado exclusivamente los servicios del funcionario, sino que se ha aligerado la labor del primero hasta casi suprimirla. Pero la intervención se le solicita en cuanto a funcionario y en cuanto a comerciante, perito en la industria mercantil. El fedatario mercantil en estos supuestos no se limita a comprobar la legalidad y validez como un jurista y a la manera de notario, Su intervención ha de extenderse necesariamente a la comercialidad del acto de que se trate y a una comprobación rigurosa de todos sus aspectos mercantiles, como si el propio fedatario mercantil hubiera aproximado a las partes o hubiera actuado como comisionista.

Si de este examen y comprobación, conociera que en la fase anterior a su intervención requerida, en la que no tomó parte, los contratantes futuros no cumplieran alguna exigencia del tráfico mercantil, en cuanto perito en lo comercial, procederá a asesorarles.

El Agente mediador colegiado ha de asesorar a las partes contratantes sobre dos aspectos de la contratación. No solo sobre el cauce jurídico por el que han de discurrir las relaciones de las partes contratantes, sino también sobre los contenidos econó-

micos de los derechos y obligaciones que las partes asumen. En el sistema español, el notario es un jurista que asesora a las partes acerca de los cauces jurídicos más adecuados a sus intereses, dentro de la legalidad vigente en cada momento llevando a cabo ese -asesoramiento jurídico de una manera intensa y en profundidad, interpretando la norma existente y completando las lagunas legales del ordenamiento, en una labor que implica en cierta medida una -auténtica actividad creadora. Frente a ello en la actuación asesora del Agente mediador, es fácil comprobar que la función de elaboración del derecho, característica del notario, adquiere un papel subordinado frente al asesoramiento que realiza el Agente mediador sobre los aspectos económicos de los negocios en que interviene.

Habrán actos cuya especial naturaleza o complejidad exija más que otros esa función asesora y consiliaria en materia jurídica que corresponde a los notarios como consecuencia de su carácter de profesionales del Derecho, función que los Agentes mediadores, habida cuenta de su más variada formación profesional, no siempre estarán en condiciones de ofrecer. Con ello no se quiere decir que Agentes y Corredores no puedan cumplir también una función consultiva y de orientación y asesoría, pero de acuerdo con su carácter de comerciantes cualificados por una especial rama de actividad -mediación y representación- y por una específica competencia, su actividad en este sentido se orientará más que en el aspecto estrictamente jurídico, en el ámbito del tráfico mercantil y de manera más concreta en el financiero, al revés de lo que sucede con los notarios.

Por tanto dentro de la competencia tipificada de los Agentes colegiados y en los negocios que son de su competencia exclusiva, dichos fedatarios ejercen además una labor de asesoramiento de los cauces jurídicos por los que ha de llevarse la negociación comercial y de los aspectos económicos y financieros de la misma. Pero en la esfera del tráfico en que, como se verá pueden interve-

nir Agentes colegiados y notarios, o en aquellos negocios o actos que constituyen la competencia no tipificada de los Agentes mediadores, parece que podrá llegarse a la afirmación de la competen--cia del Agente mediador si la celebración del acto en cuestión implica habitualmente una actividad previa de asesoramiento en materia comercial y financiera, y a la conclusión contraria si el aseesoramiento que usualmente la operación requiere afecta a proble--mas estrictamente jurídicos o a los medios de que el Derecho dis--pone para el logro de los fines propuestos, lo que constituye mi--sión del notario.

Por lo que se refiere al ejercicio por el Agente mediador colegiado de comercio de funciones notariales podríamos preguntar nos si tiene igual amplitud que la esfera de actuación del nota--rio. La respuesta ha de ser negativa pues la jurisdicción notarial alcanza a toda clase de actos jurídicos inter-vivos o mortis-causa y a los hechos humanos o naturales de los que pueda deducirse una relación jurídica: contratos, testamentos, creación o extinción - de personas jurídicas, relaciones de familia, requerimientos, legitimaciones, constataciones de hechos, etc. El Agente mediador co--legiado, en cambio, tiene limitada su intervención a la esfera de la "contratación de efectos públicos, valores industriales y mer--cantiles, mercaderías, y demás actos de comercio comprendidos en su oficio en la plaza respectiva" (artículo 93 del Código de Co--mercio), a la contratación mercantil, en suma. El notario es a la vez profesional del Derecho y funcionario público, el Agente me--diador es funcionario y profesional de la mediación o comerciante; y las funciones de ambos son, por tanto, cuantitativa y aún cualitativamente distintas, aunque tengan puntos de contacto.

El artículo 93 del Código de Comercio en su párrafo primero al atribuir la fe pública a los Agentes mediadores del comer--cio colegiados, limita y pone en relación esta competencia fedataria con la competencia puramente funcional o profesional: "Los - Agentes colegiados tendrán el carácter de notarios en cuanto se -

refiera a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva". Como se desprende de su lectura, este precepto no se limita a una mera atribución de la fe pública mercantil, sino que establece, además las condiciones y limitaciones con que la misma se otorga a los Agentes mediadores.

La atribución de la fe pública a los Agentes colegiados radica en la no demasiado precisa afirmación de que "los Agentes colegiados tendrán el carácter de notarios".

Tener carácter de notario no es ser notario, por lo que la asimilación entre la naturaleza de los Agentes mediadores y de los notarios no puede ser llevada más lejos de lo que la propia ley ha querido establecer aunque sea a través de una expresión poco afortunada desde el punto de vista de la técnica jurídica. Por ello, mientras la fe pública notarial es prácticamente ilimitada, tanto en su ámbito como en las formas de su ejercicio, la atribución de la fe pública mercantil a los Agentes mediadores colegiados se ve limitada en su misma formulación: no son notarios mercantiles strictu sensu, sino que tendrán ese carácter, y no siempre, por otra parte, sino sólo "en cuanto se refiera a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva".

Es, por tanto, en la segunda parte del párrafo primero del artículo 93 del Código de comercio donde se fijan las limitaciones o condiciones para la atribución de la fe pública a los Agentes mediadores. Limitaciones, de otro lado, que no se apoyan solo en una mera cuestión semántica -como sucede con el primer inciso-, sino que se proyectan claramente sobre un triple aspecto, de manera que, el carácter de notario atribuido por el Código sufre una triple limitación: objetiva (actos de comercio), subjetiva

va o funcional (comprendidos en su oficio) y espacial o territorial (en la plaza respectiva).

A) Limitación objetiva: "actos de comercio".

Esta primera limitación objetiva de la competencia fedataria del Agente mediador no ofrece, en principio, dificultad alguna de comprensión, aunque su interpretación siempre pueda ofrecer alguna diversidad de matices. En efecto, tratándose los Agentes - mediadores de profesionales del comercio, exactamente de comer- - ciantes que pueden quebrar como cualquier otro (artículo 892 del Código de Comercio), resulta evidente que la atribución de la fe pública a los mismos debía limitarse necesariamente al tráfico ju rídico en el que operan, el mercantil, con la consiguiente exclu sión de cualquier otro ámbito cuyas constataciones constituyen - función de los notarios y otros empleados públicos. Por ello, el artículo 93 del Código de Comercio limita su intervención a la - contratación de valores públicos o privados, mercaderías y demás actos de comercio.

El objeto de la fe pública mercantil lo constituye, por - tanto, de una manera genérica, los actos de comercio, teniendo és ta limitación, no hay duda alguna, solo un carácter meramente ge- - nérico y cualitativo, en el sentido de que los Agentes mediadores solo tendrán carácter de notarios en aquellos actos que sean de - comercio y no en los demás.

Considerados los actos de comercio como el objeto de la - fe pública mercantil, su delimitación no ofrece problemas al iden tificarse los actos de comercio como los realizados por el empre- - sario en el tráfico de la empresa y que constituyen su actividad externa. Actos de comercio, es decir, contratación mercantil en ge- - neral, constituye el primer límite de la fe pública otorgada a los Agentes mediadores.

B) Limitación subjetiva: "comprendidos en su oficio"

Pero, naturalmente, no todos los actos de comercio son susceptibles de ser constatados públicamente por los Agentes mediadores, sino solo aquellos comprendidos en su oficio o cuya intervención pública venga reclamada para los Agentes por alguna disposición legal. Aquí se aprecia la conexión de la función fedataria - de los Agentes mediadores a su función profesional mercantil. Es la propia competencia profesional del Agente mediador como comerciante la que la ley quiere que sea decisiva a los efectos de delimitar su competencia en la atribución de la fe pública.

La llamada limitación subjetiva o funcional es aquella -- que el artículo 93 del Código establece al disponer que la competencia fedataria de los Agentes colegiados se extiende a los "... demás actos de comercio comprendidos en su oficio...".

Esta delimitación que la frase "comprendidos en su oficio" implica es, sin duda alguna, conflictiva, y de difícil interpretación.

Trataré de concretar los motivos que presumiblemente el - legislador del Código vigente pudo tener para incluir en el artículo 93 la expresión "comprendidos en su oficio" y cual es el sentido que puede dársele a la misma.

Un examen cuidadoso y detenido permitirá comprobar cómo - el artículo 93 del Código de Comercio tiene una redacción que comienza en plural refiriéndose a "los Agentes colegiados", y continúa atribuyendo a dichos Agentes colegiados la fe pública con carácter notarial en una serie de actos de comercio , específicos - unos ("contratación de efectos públicos, valores industriales y - mercantiles, mercaderías...") y con una coletilla final de carácter genérico ("... y demás actos de comercio comprendidos en su -

oficio..."). Pues bien, si el legislador no hubiera añadido en el artículo 93 la expresión final "comprendidos en su oficio", hubiera resultado desvirtuada la clasificación de tres clases de Agentes colegiados que establece el artículo 88 del mismo Código: -- Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio y Corredores Interpretes de Buques; todos los Agentes colegiados hubieran tenido un mismo carácter notarial y un ámbito objetivo de competencia -- igual ("... contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás de actos de comercio...") con lo que hubiera resultado un contrasentido distinguir tres clases de Agentes colegiados.

Por tanto, de la misma forma que era necesario afirmar -- que cada Agente colegiado solo podía ejercer sus funciones en la plaza respectiva, era igualmente necesario especificar que cada -- Agente colegiado solo podría ejercer sus funciones en el ámbito -- objetivo de los actos de comercio propios o comprendidos en su -- oficio. En cada uno de los tres oficios de Agente colegiado que el Código reconoce en el artículo 88.

Para mí esta necesidad de especificar a qué obliga la primera parte del artículo 93 (formulada con carácter genérico para las tres clases de Agentes colegiados) es lo que hizo al legislador añadir la frase final "comprendidos en su oficio". En cada -- uno de los tres oficios: Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio y Corredores intérpretes de buques colegiados.

Esta interpretación está avalada por el estudio de la palabra "oficio" y el contenido que el legislador del Código le da en relación con los Agentes colegiados. Efectivamente, el legislador del Código emplea la palabra "oficio" como sinónimo de "cargo". Ello es evidente en diversos artículos del Código de comercio que siguen al artículo 93. En el artículo 97 se dispone que "... los que contravinieren a las disposiciones del artículo anterior, serán privados de su oficio por el Gobierno...". No se quiere decir

simplemente que se privará del oficio de "mediador" o de "fedatario", sino concretamente del oficio de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de comercio o Corredor intérprete de buque colegiado que el interesado afectado ejerza.

Y el artículo 98 dispone en el primer párrafo que "la -- fianza de los Agentes de Bolsa, de los Corredores de comercio y de los Corredores intérpretes de buques estará especialmente afecta a las resultas de las operaciones de su oficio...". El oficio que respectivamente tengan los Agentes colegiados afectados.

Dado el sentido de especificación con que los emplea, no se puede considerar como interpretación correcta la que pretenda asimilar, en los Agentes colegiados, el término "oficio" a una actuación profesional de tipo privado "mediador", y menos con características generales aplicables a las tres clases de agentes colegiados.

El Agente de Cambio y Bolsa ejerce el oficio de Agente de Cambio y Bolsa, el Corredor de comercio ejerce el oficio de Corredor de comercio y el Corredor intérprete ejerce el oficio de Co--rredor intérprete. No hay, pues, un oficio de Agente mediador colegiado, sino tres oficios diferentes. Esos tres oficios presentan una característica común que el Código expresa con el término "mediación". Como además se trata de Agentes colegiados, cada uno de aquellos oficios o cargos unen a su carácter de mediador, el de defedatario con características notariales. Pero en realidad lo que se ejerce es el oficio o cargo de Agente de Cambio y Bolsas, de de Corredor de comercio o de Corredor intérprete de buques. Los oficios son estos, y como son colegiados, esos oficios tienen una nota común de "mediador" y de "fedatario" con características notariales, pero lo que no puede hacerse es confundir cada uno de dichos oficios o cargos, en cuanto tales, con lo que no son sino características -de mediador y de fedatario- de los mismos. Res--pecto de éstas, son las normas específicas de cada oficio o cargo

las que señalarán concretamente: a) Como se combinan en cada uno de los tres oficios o cargos estas notas de mediador y de fedatario que, en principio, de una forma común les son atribuidas, y - b) cuál es el ámbito a que se extienden las respectivas funciones, es decir, el límite de la competencia funcional de cada uno de es tos tres oficios.

Una cosa es cada uno de esos tres oficios, profesiones o cargos, en cuanto tales, y otra las funciones o características -de mediador y de fedatario- comunes a los mismos aunque recayentes, como señalaré posteriormente, sobre diferentes parcelas del Derecho mercantil y sin perjuicio de determinada concurrencia.

Tampoco ofrece mayores dudas el sentido limitativo del término "demás" que claramente se refiere a la totalidad de la frase "actos de comercio comprendidos en su oficio". La competencia en la función pública de los Agentes mediadores se limita a los actos expresamente mencionados -"contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías"- y a los designados genéricamente después -"y demás actos de comercio"- que, por último, especifica, deben estar "comprendidos en su oficio". El vocablo "demás" no se refiere, pues, únicamente a la expresión "actos de comercio" -en cuyo caso una interpretación extensiva podría ampliar ilimitadamente en el campo mercantil la competencia de los Agentes mediadores-, sino al conjunto de la frase "actos de comercio comprendidos en su oficio".

De todo lo anterior se deduce la conclusión de que habrá que ir a las normas que específicamente establecen la competencia para cada una de las tres clases y oficios de Agentes mediadores colegiados, con el fin de conocer el ámbito a que se extienden las respectivas funciones fedatarias.

La atribución de la fe pública a los Agentes mediadores

-salvo cuando venga especialmente impuesta- se limita únicamente a aquellos actos que constituyen su competencia profesional en el ejercicio del comercio, sin que, en ningún caso, puedan dar fe de todos aquellos actos o contratos, por muy mercantiles que sean en los cuales no pueden intervenir por estar sustraídos a su competencia, o en los cuales no haya sido expresamente prevista su intervención fedataria. De ahí que solo un estudio de las normas que delimitan su actuación profesional -a veces no solo como comerciante, sino también como fedatario, pues no siempre distingue entre ambas nuestra legislación- puede mostrar el ámbito de competencia en la prestación de la fe pública mercantil por los Agentes mediadores.

C) Limitación espacial: "en la plaza respectiva"

El último límite que el párrafo primero del artículo 93 del Código de Comercio pone a la competencia de los Agentes mediadores en la dación de la fe pública mercantil es el simplemente territorial o espacial. La actuación profesional de los Agentes mediadores está limitada al ámbito territorial de la plaza que ocupan, -ya que se trata de Agentes colegiados -y no libres-, cuyo nombramiento y actuación en el cargo está sometido a una serie de garantías que tiendan a proteger e independizar el ejercicio de la función pública que se les atribuye. Por ello, esta atribución de la fe pública mercantil a los Agentes mediadores debía circunscribirse necesariamente al ámbito territorial de la plaza que ocupan, -como, por lo demás, sucede con los notarios, que "carecen de fe pública fuera de su respectivo Distrito notarial, salvo en los casos de habilitación especial" (artículo 116, párrafo primero, del Reglamento del Notariado de 2 de Junio de 1944).

Ya señalaba que para conocer el ámbito a que se extienden las respectivas funciones fedatarias, hay que examinar las normas que específicamente establecen la competencia para cada uno de -

los tres oficios de Agentes y también aludía a la existencia de determinada concurrencia en este ámbito de la fedación mercantil que, concretando, es la que desempeña el notario. Pues ha de tenerse en cuenta que la función de dar fe en el tráfico mercantil no está encomendada exclusivamente a los Agentes mediadores colegiados. El notario es "el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales" (artículo 1, Ley Notariado). En esta competencia general del notario se inserta, en relación de concurrencia o exclusividad, - la competencia de los Agentes mediadores colegiados en el tráfico mercantil

Consecuencia del mencionado precepto, y de su respeto por el legislador mercantil, es que entre la fedación del Agente mediador y la del notario en el ámbito comercial existan indudables conexiones legales, que contribuyen a obscurecer aún más lo impreciso de la fórmula utilizada por el legislador para atribuir la función de dar fe en el tráfico mercantil.

Estos puntos de contacto, constituidos en alguna ocasión por preceptos en que el legislador atribuye competencia a Agentes o notarios sin demasiado rigor jurídico, deberían quedar sustituidos por una dación de fe en sus esferas propias y diferenciadas: atribuciones y obligaciones de carácter jurídico, propias de profesionales del derecho como son los notarios, y por otro lado - atribuciones y obligaciones que entrañan en sí, exclusivamente, - actos y operaciones propios del comercio.

En muchos supuestos el régimen de libre concurrencia aparece expresamente recogido. Podemos indicar a título de ejemplo, el caso de la enajenación de acciones por incumplimiento de la - obligación de desembolso de dividendos pasivos que puede verificarse indistintamente "por medio de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de comercio colegiado o notario público" (artículo 44 L.S. A.). La constitución de prenda sin desplazamiento tanto puede rea

lizarse por medio de escritura pública, como mediante póliza intervenida por Agente de Cambio o Corredor de comercio siempre que se trate de operaciones bancarias o se refiera a cualquiera de los supuestos comprendidos en el artículo 93 del Código de comercio (artículo 3, 2º L.H.M.). Por último, un régimen singular de concurrencia es el previsto por el Código de comercio cuando declara irreivindicables los títulos al portador "si hubieran sido negociados en Bolsa con intervención de Agente colegiado y donde no lo hubiere con intervención de notario público o Corredor de comercio" (artículo 545).

Otras veces se prevee únicamente la intervención del fedatario mercantil con carácter preceptivo en determinados supuestos de venta de valores públicos o privados, como los pertenecientes a menores o incapacitados bajo tutela (artículo 272 C.C.); aquellos cuya administración hubiere sido transferida a la mujer en el caso del artículo 1444, 3º del C.C.; la verificación en vía de apremio para llevar a efecto la sentencia de remate (artículo 1482 L.E.C.); la de aquellos que garantizan un préstamo no cumplido (artículos 323 y 918 C.C. y, en fin, la venta de acciones emitidas en lugar de las anuladas, para la hipótesis recogida por el artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En ocasiones el legislador ha conferido duplicidad de atribuciones y obligaciones a la vez a los Notarios y a los Agentes.

En efecto, el préstamo mercantil podrá ser intervenido por Agente colegiado, el cual tiene la obligación de asegurarse de la identidad y capacidad legal de los contratantes, de la legitimidad de las firmas de éstos, de responder de la entrega, de los valores o de los efectos pignorados, de la entrega del dinero, y, en una palabra, dar fe del contrato; y, sin embargo, cuando se trata de un préstamo por tiempo indeterminado, o sin plazo, marcado de vencimiento, previene el artículo 313 del Código de Comer--

cio que no podrá exigirse al deudor el pago, sino pasados 30 días a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubie se hecho. En este caso, pues, la Ley llama al Notario Público y excluye al Agente colegiado; éste interviene en lo que se refiere al contrato de préstamo, pero en cuanto se trata de fijar la fe-- cha del vencimiento del mismo, la Ley otorga la competencia al no tario.

La negociación de la letra de cambio podrá ser intervenida por Agente colegiado, en cuyo caso, éste estará obligado a recoger del cedente y entregar al tomador la cambial o el efecto en dosable y a recoger de uno y entregar al otro el importe de dicha letra; pero cuando esa misma letra ha de protestarse por falta de aceptación o de pago, la Ley, excluyendo a ese mismo Agente co- legiado que ha cooperado al nacimiento de la letra, exige que el - protesto lo autorice un notario.

No faltan contradicciones en nuestro Código de Comercio. Así, el acreedor de un comerciante que tenga depositadas mercan-- cías en las compañías de almacenes generales de depósito, teniendo en su poder, en concepto de prenda, el resguardo del depósito, podrá requerir a la compañía para que enajene los efectos deposi- tados, en cuyo caso la venta deberá verificarse en subasta públi- ca, con intervención del Corredor colegiado, donde lo hubiere, y en su defecto, de notario. Siendo así que la venta de los efectos mercantiles tiene una importancia incomparablemente mayor al acto de protestode una letra de cambio, y al requerimiento para fijar la fecha del vencimiento de un préstamo mercantil, que no lo tenía, si en estos últimos casos, la Ley llama al notario, y en el prime ro al Agente colegiado, el llamamiento a uno u otro funcionario, no es por la importancia del acto, sino por la falta de lógica -- del legislador.

Por todo ello hubiera sido de mayor acierto un deslinde -- de atribuciones y obligaciones entre notarios y agentes, en el -

sentido anteriormente apuntado de diferenciación entre lo que tiene carácter jurídico y lo que supone simplemente actos y operaciones propias del comercio, cuya autenticación y dación de fe corresponde, por derecho propio y con exclusión de los notarios, a los Agentes mediadores colegiados.

III.- NATURALEZA DE LA FE PUBLICA MERCANTIL

Llegado a este punto, es preciso resaltar las diferencias entre la fe pública mercantil y la fe pública notarial.

Existe, una radical diferencia entre la actuación llamada notarial del fedatario mercantil y la actuación propia del notario. La de éste es meramente pasiva en cuanto al acto o contrato de que se trate, pese a posible asesoramientos y orientaciones. - La actuación del fedatario mercantil siempre es o puede ser activa.

Cuando, por ejemplo, se trata de una compraventa de titulos cotizados en bolsa, a pesar de que los contratantes tengan un cambio convenido, el fedatario mercantil no intervendrá si ese - cambio es distinto al último oficialmente proclamado. Esto no supone simplemente la aplicación de un precepto jurídico, sino la - observancia de una disciplina de mercado. El notario por el contrario, debe autorizar una transmisión de esa clase al cambio que libremente convengan los interesados, incluso sin cambio y por - vía de donación, precisamente porque se limita a aceptar la autonomía de la voluntad de los contratantes, porque se atiene escrupulosamente a sus declaraciones y porque no tiene por qué manifestar una solidaridad a lo hecho en el terreno mercantil. Lo que interesa es que lo acordado por las partes adquiriera autenticidad, - sin otros condicionamientos.

La fe pública mercantil, fe pública extrajudicial (7) puede ser calificada de especial, por ser aplicable a un tráfico cuyas características delimitadoras son bien distintas de las que concurren en los demás campos en que la fe pública suele moverse (notarial, registral, judicial, administrativa, etc.).

La fe pública mercantil constituye realmente una verdadera función notarial, y como tal, presenta indudables analogías con la función fedataria de los notarios, ya que la esencia de ambas funciones es la misma, pero, sin embargo, presenta también determinadas diferencias, en cuanto que la fe pública mercantil está configurada por el Código de Comercio y Reglamentaciones propias complementarias, de manera que se adapte perfectamente a las necesidades y características del tráfico y documentación mercantiles. La fe pública mercantil necesariamente ha de presentar las características de agilidad, tipicidad y simplicidad de formas específicas del tráfico comercial sobre el que debe actuar, con el fin de conseguir la mayor seguridad del mismo, pero sin que ello implique su desnaturalización o su complicación más allá de lo estrictamente imprescindible.

Entonces, la verdadera dificultad de las normas reguladoras de la fe pública mercantil consiste en conciliar las reales exigencias y necesidades del tráfico mercantil en masa, con lo que de fundamental tienen los principios esenciales de la dación de fe notarial.

Aquellas características del tráfico mercantil comportan el que, en ciertos casos, no sea posible trasladar sin una adaptación previa los esquemas jurídicos de los documentos notariales y su configuración formal. Se trata de una fe pública, notarial si, pero adaptada al tráfico y documentación mercantiles y a su configuración específica, por lo que no se puede aplicar a éstos, de manera general e indiscriminada, los esquemas y formas estrictamente notariales.

Iré analizando los caracteres de la fe pública mercantil.

Carácter genérico de la fe pública es que el "acto de dar fe" emana de persona dotada legalmente de competencia para otorgarla; de que su autor sea persona pública: El fedatario mercantil es un funcionario investido por el Estado de la atribución de "dar fe", de la cualidad por la que los actos jurídicos que interviene adquieren la autenticidad legal.

Los Agentes mediadores ejercen un "oficio público" consistente en "el ejercicio de la fe pública", que permite a los interesados en la actividad mercantil encontrar con facilidad y con garantía técnica, los "medios de dar validez y autenticidad a las diversas operaciones mercantiles".

Fedatario mercantil que como profesional puede actuar de mediador; siendo esta función accesoria de este funcionario, ya que al desaparecer el carácter privilegiado de estos Agentes deja de ser principal y permanente en los mismos (8) reforzándose la dación de fe. En efecto se establece en la Exposición de Motivos del Título VI, Libro I, del Código de Comercio vigente, y en el articulado se acentúa el carácter de fedatario del Agente o Corredor colegiado, y se suprime el privilegio de la mediación del que anteriormente disfrutaban los Corredores y los Agentes de Bolsa; de aquí que pueda sostenerse que el mantenimiento de esta clase de mediadores -los colegiados- obedece a la conveniencia de que la prestación de la fe pública en materia comercial se efectúe por tales fedatarios.

Por eso, cuando las disposiciones legales establecen dos clases de mediación: la libre y la privilegiada -colegiada-, se reserva siempre la fe pública ésta última (9), Agentes mediadores colegiados que el Código vigente declara tendrán fe pública (artículo 89). El verdadero carácter del Agente Mediador, o sea, el de

mediador investido del carácter de funcionario con fe pública, dice Gay de Montella, se refleja en nuestro Código de 1885; Agente colegiado que es, por encima de su carácter de intermediario, un verdadero funcionario público comercial, revestido de fe pública (10).

El ejercicio de la fe pública en la esfera mercantil es - una función estatal que no puede abandonarse en la libre concurrencia, sino por el contrario solamente puede otorgarse a quienes, con arreglo a lo establecido en las leyes y reglamentos, hayan de mostrado su suficiencia y prestado las garantías que el Estado exige a quienes en su nombre han de ejercer una función derivada de su propia soberanía y de su obligación de mantener la seguridad jurídica. Por ello se otorga fe pública solo a agentes colegiados.

Evidentemente esa distinción introducida en la ley mercantil entre el mediador libre y el colegiado, atribuyendo a éste la "dación de fe" hace pensar en que esta función es la principal y permanente de esta clase de Agentes; cuyo oficio fue creado "para dar autenticidad a los contratos comerciales", dice la Exposición de Motivos del Título VI del libro I, del Código de Comercio de 1885. La actuación, pues, del fedatario mercantil produce efectos notariales en aquellos negocios mercantiles que intervenga "haya mediado o no" en ellos.

Es en los artículos 89 y 93 del vigente Código de Comercio en donde se atribuye a los Agentes colegiados la fe pública. El legislador del Código cuando determinó para los Agentes colegiados esa función fedataria, lo quiso hacer y lo hizo precisando perfectamente la forma y las características que deseaba para la misma. Se atribuía la fe pública con "características notariales". Así en la exposición de motivos del Código se señala que a los Agentes mediadores colegiados "... se les reconoce el carácter de

notarios..." y en el artículo 93 se determina que "... tendrán carácter de notarios...". Y según ya se dijo en el Decreto Ley de -- 30 de Noviembre de 1868, inspirador del Código de Comercio en esta materia se afirma que los Agentes y Corredores colegiados son "... los notarios del Comercio y de la Banca".

El legislador del Código de Comercio dispuso el carácter de Notarios de los Agentes colegiados porque quiso que éstos ejer cieran la fe pública con unas características específicas: las no tariales. De lo contrario, le hubiera bastado al legislador con -- la afirmación del artículo 89 1º: "... solo tendrán fe pública -- los Agentes y los Corredores colegiados...", o con señalar en el artículo 93 que "los Agentes colegiados darían fe o tendrían el -- carácter de fedatarios en cuanto se refiera a ...". En cambio, no se contenta el legislador con éso, sino que afirma expresamente -- "el carácter de Notarios de los Agentes colegiados. Estos, pues, no solo darán fe, sino que la darán en principio, con caracterís- ticas notariales.

Si el legislador utilizó la expresión "tener carácter de" es porque era prácticamente la única que podía emplear. En efecto, el legislador no podía firmar, por ejemplo que "los Agentes cole- giados serán notarios", porque dicha terminología hubiera induda- blemente podido implicar consecuencias en el orden corporativo y de modificación de un status personal que podía haber llevado a -- la integración de los Agentes colegiados en el Cuerpo notarial. -- El mismo notario RAFAEL NUÑEZ LAGOS lo reconoce al escribir que -- "Los Agentes colegiados, según el artículo 93 del Código de Comer- cio tienen el carácter de Notarios. Esto no quiere decir que sean Notarios, ni que, por tanto, les sea aplicable la legislación no- tarial..." (11).

Si el legislador quería atribuir a la función fedataria -- de los Agentes colegiados características notariales sin producir, al propio tiempo, consecuencias de tipo personal y corporativo, --

consecuencias todas ellas que, lógicamente, el legislador no quería producir, no le quedaba a éste más remedio que utilizar la forma y servirse de las expresiones que empleó: "Los Agentes colegiados tendrán carácter de Notarios...".

Por tanto, lo primero que se deduce del artículo 93 del - Código de Comercio es que los Agentes colegiados ejercen una función fedataria cuya característica principal -aunque luego venga matizada con peculiaridades propias- es su coincidencia con la - función fedataria notarial. La raíz y fundamento de las funciones fedatarias del Notario y de las de los Agentes colegiados son, - pues, las mismas.

Ello no supone, sin embargo, el que la normativa que regula las funciones fedatarias de los Notarios y las de los Agentes colegiados haya de ser necesariamente la misma, pues mientras las primeras se rigen por la Ley Orgánica del Notariado y por el Reglamento Notarial, las segundas se rigen por el Código de Comercio y por los Reglamentos orgánicos de las tres clases de Agentes colegiados que el Código reconoce. Ahora bien, a pesar de ello, - lo que si es manifiesto (y el artículo 93 del Código de Comercio, así lo establece de forma expresa) es el tronco común del que derivan tanto la fe pública del Notario como la fe pública del Agente mediador colegiado.

Según esto, hay que deducir que en nuestro derecho junto a la fe pública notarial ejercida por el Cuerpo Notarial (fe pública notarial strictu sensu) de acuerdo con su normativa específica, existe por otra parte, la función fedataria ejercida por - los Agentes mediadores colegiados (fe pública notarial mercantil o, simplemente, fe pública mercantil), con su regulación especial y con un ámbito de actuación perfectamente delimitado, según señalaré posteriormente, por el Código de Comercio, y por los Reglamentos orgánicos de los Agentes colegiados.

Por estas razones ni es correcto pretender que los Agentes colegiados ejerzan sus funciones fedatarias en la propia forma y modos que los Notarios, y con la rigidez de los principios de la fe pública tal como está regulada en la Ley Orgánica del Notariado y en el Reglamento notarial, ni es tampoco correcto pretender que la normativa específica de los Agentes colegiados regule o pueda regular la fe pública mercantil al margen de lo que de fundamental tienen los principios de la dación de fe.

Estos principios han de ser respetados no solamente cuando su ejercicio se efectúa por el titular originario y preeminente, el Notario, fedatario por excelencia, sino también cuando por diversas razones, aquí por la particularidad de la materia mercantil, es sustituido legalmente en su función autenticadora por otros funcionarios públicos o autoridades.

Vengo señalando que los Agentes colegiados actúan con carácter de Notarios, que cuando intervienen, hayan actuado previamente como mediadores o no, dan fe y que esta dación de fe lo es con características notariales. Pero también he señalado que esta dación de fe goza de determinadas peculiaridades que, sin desvirtuar la esencia de la fe pública, acomodan su ejercicio a la esfera del tráfico donde se materializa.

La consideración del Agente mediador como un Notario no impide, sin embargo, que se valore al mismo tiempo la especialidad que concurre en el tráfico donde desarrolla su actividad profesional. En todo caso, será Notario de un tráfico con características especiales, dotado por lo mismo de un estatuto propio, donde se recojan las normas específicas de su actividad impuestas por las peculiaridades de su actuación en el campo acotado por su competencia objetiva.

La doctrina se encuentra dividida acerca de la calificación de los Agentes mediadores como Notarios.

Mientras autores como GARRIGUES (12) atribuyen sin dudar la cualidad de Notarios mercantiles a los Agentes mediadores, un sector más numeroso de la doctrina les niega dicho carácter, no solo entre los tratadistas de derecho notarial -donde esta postura es tradicional-, y esta encabezada por Gimenez Arnau (13), sino también entre mercantilistas como URIA (14).

Llegado este momento se hace preciso comprobar, por una parte que el alcance de la fe pública notarial y de la fe pública mercantil es el mismo, y por otro que la fe pública mercantil goza de cierta especialidad.

Me referiré a la primera cuestión, el alcance en ambos -- sectores de la fe pública. El Reglamento Notarial de 2 de Junio de 1944, en su artículo 1º dice "... la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye y percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes".

A mi juicio el contenido de la fe pública de los Agentes mediadores, en su carácter de Notarios, alcanza los dos apartados expuestos en el Reglamento Notarial. No hay duda respecto del -- apartado a), ya que el Agente mediador da fe de los hechos en los que intervienen (artículo 93 del Código de Comercio, primer párrafo).

En cuanto al apartado b), lo que supone la llamada fe de conocimiento y de capacidad, también entiendo que es función de los Agentes mediadores asumirla en cuanto se refiera a su especí-

fico cometido (artículo 93 del C. de C.), y a ello parece apuntar el contenido de los párrafos 1º y 2º del artículo 95 del Código de Comercio, que dice:

"Será obligación de los Agentes colegiados:

1º.- Asegurarse de la identidad y capacidad legal para -
contratar de las personas en cuyos negocios intervengan, y en su
caso, de la legitimidad de las firmas de los contratantes.

Cuando éstos no tuvieran la libre administración de sus -
bienes, no podrán los Agentes prestar su concurso sin que proceda
la debida autorización con arreglo a la Ley.

2º.- Proponer los negocios con exactitud, precisión y cla-
ridad, absteniéndose de hacer supuestos que induzcan a error a -
los contratantes".

La identificación y autenticidad de firmas está contenida
en preceptos de redacción análoga en los textos legales que rigen
ambas profesiones.

La segunda cuestión era la adaptación y reestructuración
de los principios rectores que regulan la fe pública, adecuándolos
a las especialidades del tráfico mercantil.

IV.- PRINCIPIOS DE LA FE PUBLICA MERCANTIL

Los principios fundamentales de la fe pública los podemos
reducir a los de solemnidad, objetivación, coetaneidad o unidad de
acto, y evidencia.

A) Principio de Solemnidad

La función fedataria viene a ser una función preventiva o de higiene jurídica, que persigue el desenvolvimiento normal de los derechos, y que tiene, como una de sus finalidades, el dar a los mismos vida mediante la forma, según el principio aristotélico de "forma dat esse rei".

Pero existen indudables diferencias entre la función fedataria ejercida por el Notario y la ejercida por el agente mediador colegiado, en lo referente al elemento formal.

La Ley señala los efectos de los documentos intervenidos, y por estimar más la rapidez y flexibilidad exigidas por esta clase de tráfico que las solemnidades que reviste la actuación notarial propiamente dicha, no se ocupa el ordenamiento jurídico mercantil de la calificación de los documentos en que intervienen estos fedatarios, pues no es fundamental para la fe pública mercantil la naturaleza de dichos documentos.

El requisito formal más directamente relacionado con la institución es el que dispone el artículo 93 del Código de Comercio, al establecer la obligatoriedad del libro-registro para asentar en él todas las operaciones que se intervengan, y concluir que los libros y pólizas de los Agentes Colegiados harán fe en juicio; también las referencias dispersas a trámites formales, como las contenidas en los artículos 103, 592 2ª y 3ª y 1429 6º del Código de Comercio y de la Ley de Enjuiciamiento Civil el último.

En materia mercantil no puede decirse como en materia civil que el documento creó al Notario, como dice NUÑEZ LAGOS respecto del elemento formal (15).

Observando lo expuesto comprobamos que las diferencias en

tre la institución notarial y la mercantil son importantes en lo referente al elemento formal de la fedación. Es la rapidez de la negociación comercial la que exige una menor atención a aspectos formales, que pueden observarse en la parcela del tráfico jurídico en la que interviene el Notario: son especiales exigencias del tráfico jurídico en el sector mercantil, las que motivaron el establecimiento legal de una fedación específica. Esta fedación ha de efectuarse con la agilidad, simplicidad, libertad de formas que caracterizan "lo mercantil", notas éstas que están ausentes en el Derecho Notarial.

Y ya que, como decía, el requisito formal más directamente relacionado con la fedación mercantil, es el representado por los párrafos segundo y tercero del artículo 93 del Código de Comercio, haré una breve referencia a las tres clases de documentos citados en el antedicho artículo 93 y en el 95 del mismo cuerpo legal:

- Libros.- Los Agentes mediadores llevarán un Libro Registro, previamente legalizado en igual forma que los de contabilidad del comerciante. A este libro no tiene acceso la parte, ni para comparecer ni para firmar. Su contenido se refiere a actos propios del Agente mediador, y, por tanto, con respecto a dichos actos propios, tienen los asientos fe pública. En el Libro-Registro anotará separada y diariamente todas las operaciones en que el Agente haya intervenido.

La obligación de llevar estos libros se recoge en los artículos 102 y 107 del Código de Comercio, además del señalado párrafo segundo del artículo 93 del Código mercantil.

La imposición de este deber profesional manifiesta claramente las relaciones entre la actividad mediadora de los Agentes mediadores colegiados y su función pública de dar fe. O, dicho de otro modo, entre la dimensión comercial de su actividad y la di-

mencción pública de su oficio. En definitiva, las relaciones entre los deberes profesionales como comerciante y como notario mercantil. En efecto, la norma en que se impone este deber está situada en el artículo 93 del Código de Comercio, entre un párrafo donde se atribuye a los Agentes mediadores la cualidad de Notario y un último párrafo donde se establece que los libros y pólizas de los Agentes harán fe en juicio. Pero, por otro lado, la misma norma - que establece este deber concreta el contenido del mismo por referencia al deber impuesto a los comerciantes de llevar libros que documenten su actividad, en el plano cuantitativo y en el puramente jurídico: los libros que lleven los Agentes colegiados han de llevarse "con arreglo a lo que determina el artículo 36" para los libros del comerciante en general, revelando, así, el enlace, lógico y real, entre las dos dimensiones que confluyen en los Agentes mediadores colegiados.

Ahora bien, la relación entre ambas dimensiones dota a los libros de los Agentes mediadores de una cualidad pública de la que carecen los libros de los demás comerciantes. Son documentos complejos que cumplen la función de registros públicos, que escapen a la propiedad exclusiva del Agente que los lleva (a diferencia de lo que sucede con los libros de los comerciantes o empresarios).

El libro registro de los Agentes mediadores colegiados, tiene una gran importancia, pues será el punto final de referencia para resolver las diferencias de redacción que puedan existir entre los varios ejemplares de un contrato en el que haya intervenido un Agente colegiado. "Si apareciere divergencia entre los ejemplares de un contrato que presenten los contratantes, y en su celebración hubiere intervenido Agente o Corredor, se estará a lo que resulte de los libros de éstos, siempre que se encuentren arreglados a derecho."

- Certificaciones.- Los Agentes mediadores están obliga--

dos a expedir, a costa de los interesados que lo pidieran, certificación de los asientos respectivos de sus contratos, -artículo 95 del Código-, prohibiéndoles, por el artículo 96 del mismo Código de Comercio, dar certificaciones que no se refieran directamente a los hechos que constan en los asientos de sus libros.

Esta certificación es el único documento del Agente mediador que claramente está proclamado documento público por el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "Bajo la denominación de documentos públicos y solemnes se comprenden: 2º) Las certificaciones expedidas por los Agentes de Bolsa y los Corredores de Comercio, con referencia al libro registro de sus respectivas operaciones, en los términos y con las solemnidades que prescriben - el artículo 93 del Código de Comercio y leyes especiales".

Acompañan como documento público a la póliza, para que tenga la cualidad de título ejecutivo de conformidad con el nº 6 (reformado) del 1429 L.E.C. Este sistema ha sustituido al de la acción de comprobación judicial de la póliza con el asiento. La comprobación la hace el propio agente al certificar en un documento público.

- Pólizas.- (artículo 93 C. de C.). Son documentos tipificados como solemnes en el C. de C. Unicamente es póliza en cuanto cumple los requisitos que en cada caso le exige el C. de C. o las leyes especiales (como la Ley de Seguros). La póliza atípica es - un documento privado ordinario, aunque lo intervenga al Agente mediador.

En las pólizas típicas hay que distinguir dos clases.

a) Aquellas de que son autores los agentes. Se refieren a hechos propios del Agente; nunca a los de los interesados. La póliza original únicamente va firmada por el Agente (la parte solo

firma el "vendi"). Son las previstas en el artículo 103 del C. de C. y aunque convierten los títulos al portador negociados en Bolsa en irreivindicables, solo hacen prueba contra el Agente que los - suscriba, pero no contra los interesados, lo que es natural por-- que no intervienen en ellas, que deberán prestar, aparte, su conformidad a las liquidaciones, las cuales, una vez reconocida la firma en juicio, llevarán aparejada ejecución.

b) Las producidas por los contratantes e intervenidas "al pie" (artículo 109 del C. de C.) por los Agentes, legitimando o - autenticando (par. 1º artículo 95; y artículo 654) las firmas de los contratantes. Son documentos privados tipificados en el C. de C. en los artículos 320, 382, 383, 433, 452, 720 y 737. Las demás intervenciones de los Agentes mediadores no son pólizas.

Sobre la naturaleza de la póliza recordamos las palabras de BENITO: "La póliza o contrato autorizado por Agente mediador - no es propiamente una escritura pública en el sentido especial - que da la ley a esta palabra: ni es tampoco un documento privado.

No es una escritura pública, porque independientemente de que toda nuestra tradición jurídica esté conforme en no dar este - carácter más que a los documentos contractuales que autorizan los notarios y los jueces, (y también los Consules de España en el extranjero), jamás se ha entendido que, a pesar de la declaración - terminante del artículo 93 del C. de C. pudiesen confundirse los documentos autorizados por un Notario con los autorizados por un Agente mediador oficial.

Y no es un documento privado porque se opone a ello, no - solo la declaración del transcrito artículo 93 sino porque así resulta de lo prevenido en el artículo 1216 del C.C. (aunque el - - Agente mediador colegiado no es un empleado público, en el sentido estricto del término con relación a la Administración Pública o del Estado, es un funcionario público como el Notario; y en tal

sentido le comprende el texto del citado artículo).

La póliza autorizada por un corredor, o el contrato concertado por su mediación y autorizado también por él, son, pues, documentos públicos que no deben confundirse con las escrituras públicas, y que ocupan un lugar intermedio entre estos y los documentos privados, como resulta evidenciado por el artículo 720 del C. de C. en los términos en que está redactado. En la técnica de nuestro Código la póliza equivale a escritura privada o escritura intervenida por Agente mediador" (16).

Haré seguidamente unas consideraciones que servirán para conectar el principio de la solemnidad, que ahora analizo, con el siguiente principio de la objetivación que con posterioridad trataré, y que por su índole formal pueden encuadrarse dentro del primero. Me refiero al problema de interpretar el significado del artículo 109 del Código de Comercio. Este artículo establece: "en los casos en que, por conveniencia de las partes se extienda un contrato escrito, el Corredor certificará al pie de los duplicados y conservará el original".

Vemos que el artículo habla de duplicados y de original, que conservará el Corredor.

Por un lado se establece que el Corredor conserve el original, mientras que el artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el carácter ejecutivo de la póliza original, que lógicamente deben tener las partes para poder accionar; por otro lado, existen los duplicados sobre los que puede dudarse si se trata de ejemplares con firmas originales o son certificaciones del asiento que con relación al ejemplar original habrá extendido el Corredor en su Libro-Registro.

A mi juicio no pueden ser certificaciones, porque si las

partes necesitan un ejemplar con las firmas originales para poder accionar ejecutivamente, las certificaciones únicamente son firmadas y autorizadas por el Corredor que las expide. Asimismo porque no es lógico que se exija que el Corredor certifique al pie de las certificaciones, si estos duplicados lo fueran. Finalmente, porque el sistema notarial de formalización de un único ejemplar que se protocoliza y expedición de copias, que son las que actúan, es excesivamente lento y no se ajusta a la naturaleza jurídica de los documentos mercantiles, especialmente en los endosables, que necesitan ser incluidos en el tráfico mercantil en forma original y desde el momento mismo de su creación.

Por todo ello, lo que parece lógico interpretar es que del contrato escrito se extienden varios ejemplares, se firman todos y se entrega uno a cada una de las partes, quedándose, asimismo, el Corredor un ejemplar con las firmas originales.

Como es lógico, cada parte solo puede obtener un único -- ejemplar de forma similar a como cada parte solo puede obtener una primera copia de escritura; todos los intervinientes en el contrato, tienen (o pueden tener solicitándolo en el momento de formalizarse el contrato) un ejemplar original, con firmas originales. -- El ejemplar de las partes es certificado (intervenido) por fedatario y con él pueden accionar ejecutivamente, y el ejemplar original del Corredor es registrado, archivado y custodiado por él.

Lo correcto de esta interpretación nos lo demuestra el artículo 58 del mismo Código que, al disponer que en caso de divergencia entre los ejemplares de un contrato que presenten los contratantes, habiendo intervenido en su celebración Agente o Corredor, se esté a lo que resulte de los libros de éste, nos está poniendo de manifiesto de manera evidente que del contrato mercantil intervenido existen varios ejemplares originales e iguales, -- uno en poder de cada una de las partes, cuyas divergencias, en su caso, deben ser resueltas por el asiento del Libro-registro, o --

por el ejemplar original que el fedatario conservará en su archivo.

Con el sistema de contratación escrita intervenida establecido en el artículo 109 del Código de Comercio, cada parte puede tener un ejemplar del contrato, teniendo el Corredor asimismo un ejemplar, todos ellos, a un solo efecto, y con firmas y autorizaciones originales. Entonces, respecto del contrato original, el asiento del libro-registro no puede ser nunca considerado como original (aunque sí lo es respecto de las Certificaciones). El original será el ejemplar que tenga el Agente colegiado en su archivo y el ejemplar que tenga cada parte con firmas y autorización originales. El asiento no es más que una copia o un resumen del documento original, siendo la certificación, en todo caso, la copia de una copia, si lo es del asiento del Libro Registro, y la copia de un original si lo es del ejemplar que conserva el Corredor.

Al no haberse modificado después de la publicación del vigente Código de Comercio, el número 2º del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -siendo esta Ley anterior en unos años al Código- únicamente están recogidas de forma expresa, como documentos públicos y solemnes, las certificaciones a que aludía el antiguo artículo 64 del Código de Comercio de 1829 y, en cambio, no se mencionan expresamente las pólizas originales, respecto de las cuales las certificaciones no son más que copias de copias.

Por ello, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido sistemáticamente estableciendo el carácter público de las pólizas intervenidas, bien enlazando el párrafo 3º del artículo 93 del Código de Comercio, con el artículo 596, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 1216 del Código Civil, o bien considerándolas incluidas en el número 3º del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los otros dos citados (17).

B) Principio de objetivación

El principio de objetivación se manifiesta asimismo en la esfera de la fe pública mercantil con igual fuerza que en el ámbito de la fe pública ejercida por los Notarios, pues existe una analogía funcional como soporte material de la fe pública, entre los libros-registro de los Agentes colegiados y los protocolos notariales. En efecto, el artículo 93 del Código de Comercio vigente, después de atribuir al Agente colegiado el carácter de Notario, con una consideración subjetiva de la fe pública reflejada en el párrafo primero, recoge una plasmación objetiva de esa fe pública en el párrafo último con la afirmación de la fe en juicio de sus actuaciones manifestadas en forma escrita, polizas y libros.

Ello permite afirmar que, a juicio de nuestro legislador, los libros-registro son complemento necesario de la función notarial de los mediadores mercantiles puesto que precisamente se habla de ellos a renglón seguido de haberse atribuido su carácter de Notario y como antecedente a la manifestación legal de que los libros y pólizas en los que se plasman sus actuaciones harán fe en juicio.

En efecto el párrafo segundo del artículo 93 prescribe que los Agentes colegiados llevarán un Libro-Registro asentando en él por su orden, separada y diariamente, todas las operaciones en las que hubieran intervenido, pudiendo, además, llevar otros libros con las mismas solemnidades. Este artículo ha venido a recoger la evolución que hemos referido en la función del mediador. A él se le atribuye personalmente la fe pública (tiene el carácter de Notario) pero la misma se hace efectiva porque las actuaciones del fedatario se recogen por escrito en sus libros. Y es lógico que así sea porque la variedad de las actuaciones del mediador y su complejidad no se presta a un simple recordatorio memorístico. La Ley para que la fe pública resulte eficaz impone la registración de las actuaciones del mediador y dispone las formalida--

des bajo las cuales dichas registraciones, y con ellas la fe pública son válidas.

Acabo de señalar que los Libros-Registro son complemento necesario de la función notarial de los mediadores mercantiles. - Tienen por tanto la característica de ser imprescindibles para el ejercicio de la fe pública comercial pero también tienen la característica de ser un simple instrumento para el ejercicio de dicha fe pública por sus titulares. No puede convertirse al Agente colegiado en un mero registrador, cuando lo cierto es que el artículo 93 del Código de Comercio señala con toda claridad que el Agente colegiado tiene el carácter de Notario, y en consecuencia, la fe pública mercantil características notariales, y no, en modo alguno, registrales. El Agente colegiado tiene el carácter de Notario, no el de Registrador, aunque su forma de protocolización sea mediante la anotación de los documentos en un libro-registro, ya que ésto es debido a que esta forma se adapta mejor a la naturaleza y configuración de los documentos mercantiles que la protocolización tal como la efectúa el Notario. Ahora bien, tanto el protocolo notarial, como el Libro-Registro de los Agentes colegiados, no son más que medios o instrumentos de los que ha de servirse el fedatario para dar fe, e impuestos por el legislador como garantías jurídicas para un correcto ejercicio fedatario, y que actúan incluso frente a la voluntad del propio fedatario, porque lo que tampoco es admisible, es la discrecionalidad del fedatario para el ejercicio de esta función. En el caso del Agente colegiado, su naturaleza jurídica, como ya he señalado, viene determinada por las notas de mediador y de fedatario. Entonces, si bien es admisible que en su actuación mediadora el Agente colegiado utilice discrecionalmente aquellos medios o procedimientos que considere más convenientes y adecuados para la conclusión del negocio en el que media, en cambio, cuando tienen que proceder a la formalización del negocio concluido por su mediación, dando fe del mismo, o bien, cuando sin haber mediado previamente debe formalizar lo que las partes han convenido, dando fe de ello, es decir, cuando ac--

túa como fedatario -actividad característica y específica de todo Agente "colegiado"-, entonces no cabe en modo alguno la discrecionalidad. Su actividad fedataria está -y siempre deberá estarlo- completamente reglada por el Código de Comercio y por las Reglamentaciones orgánicas de los correspondientes cuerpos.

Pese a la auténtica importancia que para la dación de fe pública mercantil tiene los libros-registro en cuanto complemento auxiliar indispensable, y no obstante lo categórico de los términos en que el legislador se manifiesta en el párrafo segundo del artículo 93 del Código de Comercio, lo cierto es que existe una -auténtica laguna legislativa sobre el modo de llevanza de esos libros que no es suplida sino en escasa medida por vía reglamentaria. En efecto si resulta muy riguroso el artículo 109 del Código de Comercio que impone la conservación del original en la práctica, y a pesar de lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento de Bolsas, tanto el artículo 49 del Reglamento de Corredores como los artículos 201 y 219 del Reglamento de Bolsas no desarrollan -el texto del artículo 109 del Código de Comercio y solo recogen -la posibilidad de archivar un ejemplar si éste existe. Sin decir nada sobre la obligación de producirlo en todo caso para después archivarlo.

A las anotaciones del libro registro previsto, como se ha señalado en el párrafo segundo del artículo 93 del Código de Comercio, se refieren en el mismo cuerpo legal el artículo 102 para los Corredores, y el artículo 107 para los Agentes de Cambio y Bolsa, disposiciones que han sido desarrolladas luego por los respectivos Reglamentos. Creo que merece la pena destacar que la referencia de este libro nada tiene que ver con el carácter de comerciante que se atribuye al agente mediador colegiado. La remisión que el artículo 93 del Código de Comercio hace al artículo 36 simplemente quiere destacar que ese libro registro debe llevarse con el mismo rigor que los libros de los comerciantes o empresarios. Este libro registro está pensado únicamente como una garantía más de seguridad y el agente debe llevarlo en tanto fedatario; cumple, pues, dicho libro una función semejante, mutatis mu-

tandis, a la de los Registros públicos. Pero la llevanza de este libro no dispensa al mediador colegiado, en cuanto que también es comerciante, de llegar al libro diario regulado por el artículo 43 del Código de Comercio, la diferencia entre ambos libros se percibirá nítidamente si se tiene presente que en el primero se anotarán operaciones ajenas aunque haya intervención del Agente, mientras que en el segundo deben anotarse las operaciones propias y personales del mediador colegiado en cuanto comerciante.

Conviene en este momento señalar y analizar con algún detalle el hecho de que entre el Libro-Registro y el Protocolo, si bien tienen una analogía funcional, como soporte material de la fe pública ejercida por los Agentes colegiados y los Notarios, existe una de las diferencias más destacadas que se observan entre la fe pública ejercida por los Notarios y la fe pública ejercida por los Agentes colegiados, que radica en la distinta forma de circulación y protocolización de los documentos autorizados por unos y otros fedatarios.

Como señala Gimenez Arnau (18) "... dos sistemas pueden emplearse para producir al exterior el instrumento público después de haberse autorizado y para que pueda cumplir sus fines: El primero en el orden histórico consiste en utilizar el original, el instrumento mismo por los interesados. El segundo sistema consiste en incorporar los documentos originales a un Registro, Archivo o Protocolo. El instrumento no obra directamente, sino a través de los traslados auténticos o reproducciones del mismo, expedidos por el Notario a cuyo cargo está la conservación de aquellos originales. Dentro de este sistema la copia surge como una necesidad ineludible, puesto que no puede usarse directamente el original...".

"Los instrumentos públicos en régimen de Protocolo, destaca González Palomino, no podrían tener eficacia en el tráfico ni en el proceso, si solo fueran eficaces en su forma original: la -

matriz. La copia es el mismo instrumento público en acción, y en sí misma es también instrumento público... La eficacia de la copia no puede ser suplida por ningún sucedáneo. Solo la copia es - instrumento público en acción" (19).

Frente al sistema notarial de protocolización de los documentos originales suscritos por las partes y de actuación y circulación a través de sus copias, los documentos intervenidos por los fedatarios mercantiles actúan y circulan en original, los cuales son asentados en un Libro Registro por el Agente o Corredor.

El hecho de que en la contratación mercantil escrita intervenida, el negocio jurídico y la fe pública que lo cubre se actúa normalmente a través de los documentos originales, frente al sistema notarial, que lo hace a través de las copias autorizadas, se debe a que es más propio del tráfico comercial la circulación de los documentos intervenidos en forma original, con lo que se evita el procedimiento mucho más lento de las copias o certificaciones.

A mayor abundamiento, es preciso tener en cuenta que en los documentos endosables, es consustancial a su naturaleza jurídica el circular en el tráfico mercantil en forma original, siendo, asimismo, por regla general, documentos únicos. Tal es el caso, - por ejemplo, de la letra de cambio, Por ello, estos documentos no pueden ser conservados en original en ningún Archivo o Protocolo.

Ahora bien, tratándose de pólizas de contratos mercantiles pueden y deben expedirse varios ejemplares iguales, a un solo efecto, que firmados por las partes y autorizados por el Agente - colegiado, se entregarán uno a cada una de las partes, y registrará, archivará y conservará el fedatario mercantil, uno de ellos. Lo que será necesario, además de que los mismos se formalicen a un solo efecto, es que en el propio documento se haga constar el

número de ejemplares que se expiden y autorizan.

Con ello los documentos mercantiles intervenidos no pierden la agilidad y rapidez que les son propias y pueden actuar inmediatamente en el tráfico mercantil, de forma adecuada a las características de éste.

Como ya he indicado, es diferente el sistema de circulación y "protocolización" de los documentos intervenidos por Agente colegiado o autorizado por Notario. Cuando actúa el fedatario mercantil, aunque se expidan varios ejemplares con firmas auténticas, se produce la circulación en original y el asiento del documento en el libro-registro aunque se conserve, asimismo, un ejemplar original por el fedatario. Cuando interviene el Notario tiene lugar la protocolización del único original existente y la circulación a través de copias autorizadas del mismo, pudiendo haber varias copias, en poder una de cada una de las partes interesadas. Esto es una diferencia de gran entidad entre la fe pública del Notario y la del fedatario mercantil.

Dos son fundamentalmente las consecuencias que pueden deducirse de este diferente sistema de circulación y protocolización de los documentos autorizados por unos y otros fedatarios.

- La primera es el hecho de que el sistema de Registro se adapta perfectamente a la naturaleza de los documentos mercantiles y permite que la intervención fedataria de los Agentes colegiados con plenitud de efectos jurídicos pueda actuarse no solamente sobre las pólizas, sino también sobre otros documentos típicamente mercantiles distintos de aquellas, tales como, por ejemplo, las letras de cambio, facturas de descuento, etc.

La intervención del fedatario mercantil realizada con todos los requisitos legales otorga al documento mercantil interve-

nido el carácter de documento público (artículo 1218 del Código Civil), con sus efectos consiguientes, y si ese documento es una póliza firmada por las partes y autorizada por el Agente colegiado, la intervención del fedatario mercantil le otorga además el carácter de título ejecutivo (artículo 1429, 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Esta plena eficacia de la intervención actuada sobre pólizas u otros títulos mercantiles, equiparable a la actuación notarial en escritura pública -salvo lo determinado para el juicio ejecutivo, que se circunscribe a la póliza intervenida-, está expresamente reconocida por el Código de Comercio en el artículo 913, 4º, al establecer en caso de quiebra la igual prelación "... entre los acreedores escriturarios (escritura pública) conjuntamente con los que lo fueren por títulos o contratos mercantiles - en que hubieren intervenido Agente o Corredor". Se ve, pues, que el legislador es consciente de que la intervención puede efectuarse con aquella plenitud de efectos legales no sólo en pólizas (contratos) sino también en otros títulos mercantiles.

En cambio, el sistema de protocolización notarial de las escrituras no se adapta a la naturaleza de los documentos mercantiles, y de aquí que el Reglamento notarial prevea para estos documentos una actuación fedataria de los Notarios mucho más limitada, como lo es la legitimación de firmas (artículo 263 del Rgto Notarial), la cual, al contrario de lo que sucede con la autorización de las escrituras o con la intervención de los documentos - por el fedatario mercantil, no convierte en público al documento con firmas legitimadas, siendo pública únicamente la diligencia de legitimación.

Ello pone de manifiesto de forma evidente el acierto y previsión del legislador del Código de Comercio al conservar y ordenar ("... cuya conservación conviene mantener en beneficio de los intereses comerciales..." dice la Exposición de Motivos del

Código) un sistema de fe pública mercantil hecho a la medida y necesidades de la documentación mercantil, a la que se adapta perfectamente ("... dando validez y autenticidad a las diversas operaciones mercantiles..." añade la Exposición de Motivos del Código).

- La segunda consecuencia que puede deducirse del diferente sistema de circulación y protocolización de los documentos autorizados por los Notarios o por los fedatarios mercantiles, es - el hecho de que ese diferente sistema confiere al documento intervenido particularidades formales, ya que mientras que la copia autorizada de una escritura notarial es expedida después de la incorporación de su matriz al Protocolo, el documento original intervenido es anterior al asiento del Libro Registro, aunque ambos se verifiquen en el mismo día.

Ello trae como consecuencia, que el documento original intervenido normalmente circula en el tráfico mercantil sin que haya constancia formal en el mismo de que efectivamente se ha asentado en el Libro Registro de manera reglamentaria. Y de aquí que, cuando dicho documento intervenido haya de actuarse procesalmente, se exija que se le acompañe una certificación de Agente colegiado que lo intervino, dirigida fundamentalmente a hacer constar que - aquel documento original intervenido se incorporó al Registro en su fecha y en la forma reglamentaria. Si no hubiera sido así, no podría considerarse como documento legalmente intervenido y la -- intervención sería nula o ineficaz.

C) Principio de unidad de acto

El tercer principio rector de la fe pública, entre los señalados con anterioridad, el principio de la coetaneidad o unidad de acto ofrece particularidades en la esfera de la fe pública mercantil.

Características, de la fe pública mercantil, que sirve para delimitar más exactamente su auténtica naturaleza, es la no exigencia del principio de la unidad de acto. Está excluida la unidad de acto en la formación del documento intervenido por el Corredor. Esta particularidad de la fe pública mercantil, que la diferencia de la notarial, se encuentra plenamente justificada. La exigencia de la unidad de acto sería un grave obstáculo para el tráfico comercial, tan necesitado de una contratación rápida. No resulta posible, que el Corredor fedatario y los contratantes se reúnan en un solo acto, como en la redacción de la escritura pública, para redactar, leer, dar su conformidad y firmar. Por otra parte, en la letra de cambio, documento mercantil por excelencia, se van recogiendo sucesivamente y en distintos momentos las diversas declaraciones cambiarias.

Navarro matiza esta cuestión en los siguientes términos - "No tienen los agentes mediadores la obligación que la Ley impone a los Notarios, de unidad de acto, y que no es otra cosa que la firma simultánea por todos los otorgantes a presencia de aquel fedatario. Esta mayor libertad viene impuesta, como cosa lógica, por la misma naturaleza del tráfico mercantil; pero, claro, no puede interpretarse, como muy bien dice la Circular de la Junta Central de Colegios de Corredores de 21 de Febrero de 1959, en un sentido tan amplio que permita una contradicción entre el documento intervenido y el asiento en que se consigne en el Libro-Registro del mediador, asiento que por prescripción de la Ley debe ser diario (20).

Dada la inaplicabilidad de este principio a la dación de fe mercantil es posible, no solo la firma de los distintos intervinientes en momentos diferentes, dentro de la misma fecha y plaza, sino también en fechas y plazas distintas.

La no exigencia de la unidad de acto en la dación de fe mercantil, permite que las firmas de los diversos obligados se -

consignen con anterioridad a la fecha del documento, la cual facilita la formalización de las operaciones mercantiles y especialmente sus renovaciones.

Si la observancia rigurosa del principio de unidad de acto es incompatible con la esfera del tráfico donde la fe pública mercantil se desarrolla, no quiere decir esto que, cuando sea posible su observancia, no se vaya a tener en cuenta porque, como señala Bartolomé Laborda, es muy aconsejable el mantenimiento del principio de unidad de acto en la esfera propia de la fe pública mercantil y no debe ser minimizado ni mucho menos eliminado pues en algunos casos debe aplicarse, al menos en sus manifestaciones medio flexible (21).

Y no es posible aplicar rígidamente este principio a la fedación mercantil, como señala Uria:

Primero, porque las exigencias del tráfico tolerarían difícilmente el agravio, que, a la imprescindible rapidez de la contratación, habría de inferir el hecho de que fuese necesario que el fedatario mercantil y los interesados se reuniesen en un solo acto, como en la formación del instrumento público notarial, para redactar, leer, consentir y firmar el documento.

Segundo, porque la unidad de acto ni siquiera es esencial a la dación de la fe pública, y las propias reglamentaciones notariales han flexibilizado el principio.

Tercero, porque en el documento mercantil por excelencia -la letra de cambio-, el propio Derecho sustantivo admite que se vayan recogiendo sucesivamente y en momentos diferentes las diversas declaraciones cambiarias que, en determinado instante, dan contenido a la letra.

Cuarto, porque en los documentos intervenidos por fedatario mercantil, al contrario de lo que ocurre con los autorizados por Notario, ni la Ley ni la costumbre o práctica de los negocios han exigido nunca este principio (22).

Recogiendo esta situación de hecho, la reforma del artículo 33 del Reglamento de Corredores de 27 de Mayo de 1959, establecida por Decreto de 5 de Diciembre de 1968, dispone que "la firma de los diversos obligados podrá tener lugar en momentos diferentes, y si su fecha fuese distinta a la del documento mismo, se hará constar en todo caso en el registro del Mediador, siempre bajo la responsabilidad de éste".

Como dice Bartolomé Laborda la nueva redacción del artículo 33 del Reglamento de Corredores "supone un avance considerable para la teoría general de la fe pública mercantil, por cuanto resuelve implícita y explícitamente una serie de problemas planteados con anterioridad y elimina pasados errores imposibles de mantener. Veamos las cuestiones más importantes:

a) Principio de igualdad en la normativa jurídica: lo que ha pretendido el legislador con su modificación es que los Corredores de Comercio se coloquen en las mismas condiciones que el Reglamento de Bolsas establece para los Agentes de Cambio, Con ello, da por sentado que el principio de presencia física no era obligatorio para estos últimos desde la aprobación del Reglamento citado, Pero va más lejos, porque recalca en el Preámbulo del Decreto que "así se respeta lo que previene el artículo 95 del Código de Comercio", dando a entender, pues, que la anterior redacción del artículo 33 no se ajustaba a lo prevenido en la Ley, como muy bien había puesto de relieve la doctrina.

b) Principio de igualdad de criterio: justifica el legislador su postura por referencia también al "criterio marcado para

análogos casos" por el Reglamento notarial al modificarse, por Decreto de 22 de Julio de 1967, el artículo 263.

Decía el Reglamento notarial que "las firmas de letras de cambio y demás instrumentos de giro, de pólizas de seguros y de reaseguros, talones de ferrocarril y, en general, de los documentos utilizados en la práctica mercantil o regidos por disposiciones especiales, podrán ser legitimadas siempre que tales documentos reúnan las condiciones legales y sean puestas aquéllas a presencia del notario".

La nueva redacción de este artículo 263 es la misma en todo su contenido, limitándose a eliminar una sola frase de trascencental importancia: y sean puestas aquéllas a presencia del notario.

El principio de presencia física queda así eliminado también.

c) Libertad en la elección de medios: con notable acierto vuelve el legislador a recordar la forma de dar cumplimiento a la obligación que pesa sobre los fedatarios mercantiles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 95, número 1º, del Código de Comercio. Esta norma, "al imponer a todos los Agentes mediadores la obligación de asegurarse de la identidad y capacidad de las partes en cuyos negocios intervengan, no señala medios o modos específicos y determinados de conocimiento.

Según la nueva regulación, la firma en presencia del mediador será uno de tales medios, al cual habrá que acudir cuando no se disponga de otros o en concurrencia con otros y en todo caso, cuando las partes lo exijan. Aclaremos que la firma en presencía del fedatario mercantil no es un medio sino un principio de actividad, a partir de la cual han de aplicarse los medios de co-

nocimiento. Aparte esta disculpable imprecisión técnica, las ideas expresadas son correctísimas, continúa R. Bartolomé Laborda, a -- quien sigo citando.

d) Flexibilidad temporal: el artículo 33, tanto en su anterior como en la nueva redacción, consagra reglamentariamente el principio de flexibilidad temporal.

Con objeto de facilitar --como señala el Preámbulo-- "las exigencias del cada día más creciente y apremiante tráfico mercantil", nada impide que un acto o contrato determinado produzca sus efectos desde una fecha cierta --fecha del documento, que es una declaración de los interesados amparado bajo el principio de buena fe mercantil--, en tanto que las diferentes firmas sean recogidas en momentos diferentes.

e) Inscripción registral: el nuevo texto del artículo 33 supone otra mejora decisiva sobre la redacción anterior. En ésta se decía que "caso de que su fecha fuese distinta a la del documento mismo, se hará constar así en éste". Pero esta exigencia --que, según el precepto, debía cumplirse en todos los casos, excedía en ocasiones de las fuentes de conocimiento del fedatario que no hubiese presenciado personalmente y, en otras --tal es el caso de la letra de cambio--, el propio formalismo del documento rechazaba cualquier tipo de declaraciones ajenas a las puramente cambiarias y a las de simple intervención.

Con mucho mejor criterio, el nuevo texto reglamentario excluye la consignación de fechas diferentes en el documento. La --firma en fecha diferente es una concesión mercantil en beneficio del tráfico, cuya constancia queda bajo la responsabilidad del fedatario mercantil. Este, que obra al amparo del principio de buena fe, sólo prestará su intervención cuando posea la convicción --de que, entre la fecha del documento y la de la firma de los interesados que la hayan puesto en fecha distinta, no ha ocurrido nin

gura circunstancia que influya decisivamente en la esfera de capacidad de éstos (muerte, suspensión de pagos, quiebra, etc). Si - tal esfera de capacidad hubiera sufrido tal restricción que les - hubiera impedido haber firmado en la fecha del documento, el fedatario mercantil no debe intervenir. Si no teniendo conocimiento - de la merma de facultades, racionalmente estima que pudiera haberse producido o no posee medios suficientes para confirmar la regularidad de lo actuado, debe consignar en su registro la fecha o - fechas -distintas de las del documento- en que uno o varios de los interesados firmaron. Si no tuviese dudas sobre la regularidad de todo lo habido en la secuencia temporal, puede consignar - la diferencia de fechas en el registro. Finalmente, si no habiendo presenciado personalmente, los colaboradores internos o externos no le advierten de esas diferencias temporales, quedará la - cuestión bajo la exclusiva responsabilidad de ellos, caso de surgir contienda.

Debemos desvanecer -continúa Bartolomé Laborda- una duda planteada por muchos fedatarios mercantiles; si el nuevo artículo 33 exige que siempre que haya una firma puesta en fecha distinta a la del documento, y de cuya circunstancia tenga noticia, ha de hacerse constar así en el registro. Ya hemos intentado exponer en qué casos debe y en cuales puede hacerlo. Pero como cuestión general, la respuesta debe ser negativa.

Todo surge del empleo de unas palabras que se prestan a - confusión. En efecto, el artículo 33 no dice que se hará constar así o siempre o en todos los casos -lo cual supondría obligatoriedad toties quoties- sino que indica: "se hará constar en todo caso en el registro del mediador, siempre bajo la responsabilidad de éste". No puede confundirse la locución adverbial en todo caso con la expresión en todos los casos, porque el legislador las utiliza en sentidos diferentes, y porque el legislador recoge inmediatamente el adverbio siempre que, si fuera de igual significado, supondría una redundancia. Del artículo se desprende, pues, que -

el Agente colegiado es siempre responsable del resultado de esa - intervención prestada con flexibilidad temporal -si pudo conocer la- y tanto si ha consignado en el registro la diferencia de fecha -con lo cual, en su propio provecho, podría justificar su correcta actuación-, como si, por juzgar que no existe ninguna dificultad, la ha omitido" (23). Con esta extensa referencia a las - palabras de BARTOLOME LABORDA, queda claramente perfilado el alcance y verdadero sentido del principio de unidad de acto en la - esfera de la fe pública mercantil.

D) Principio de la evidencia

El último principio que señalaba es el de evidencia. Es el - más rigorista, y quizá por ello, el de más difícil aplicación al tráfico mercantil, dadas sus características de rapidez, movilidad, actos en masa y vigencia del principio de buena fe.

Para dar fe hay que presenciar, como exige el principio - de evidencia en su interpretación estricta. Sin embargo, la práctica demostró la inaplicabilidad del mismo, así concebido, a la actuación profesional del Agente mediador. Por ello, era necesaria una interpretación flexible del mismo, que no se basara únicamente en una presencia personal del Agente mediador, sino más bien - en una certeza moral del mismo, que permitiera la colaboración de sus apoderados, siempre bajo la responsabilidad personal del Corredor en el ejercicio de la función pública que le compete, máxime cuando este principio típico de la fe notarial tiene situaciones en que no se manifiesta en forma de presencia física del Notario (protesto de letras de cambio y legitimación de firmas). Pero este problema tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, una singular historia que parece conveniente recordar.

Como es sabido, el Código de Comercio vigente no exige en ninguno de sus preceptos que las firmas de los contratantes u obli

gados en aquellos contratos u operaciones en que intervenga el fedatario mercantil (llámese Agente o Corredor), hayan de ser puestas necesariamente a presencia del fedatario. Por tanto, es evidente que el Corredor o Agente puede cumplir las obligaciones que le imponen para su legal actuación los artículos 95 y 106 del Código de Comercio sin necesidad de recoger por sí las firmas de los obligados en el acto o contrato escrito, llámese póliza de crédito, póliza de seguros, letra de cambio, etc. Con relación a toda clase de negocios u operaciones intervenidas por cualquier clase de mediador colegiado, el número 1 del artículo 95 solo exige que el fedatario se asegure de la identidad y capacidad de las partes y de la legitimidad de las firmas de los contratantes. En lo que respecta a la negociación de letras de cambio u otros valores endosables, el número 1 del artículo 106 solo obliga al Corredor a responder legalmente de la autenticidad de la firma del último cedente.

En ninguna intervención de acto o contrato escrito se exige, pues, por el Código que el Corredor o Agente recoja personalmente las firmas de las partes u obligados. Le basta con que responda de la legitimidad o autenticidad de las firmas (artículos 95 y 106 C. de C.) y con que asiente la operación en el Libro-registro por su orden y separadamente, "expresando los nombres y domicilios de los contratantes, la materia y las condiciones de los contratos" (artículo 107 C. de C.).

Y conviene señalar, para mejor comprender la posición asumida a este respecto por el vigente Código, que en cambio en el Código anterior existían preceptos muy explícitos en orden a la presencia del Corredor, que al no haber sido mantenidos por el legislador de 1885, demuestran claramente la firme voluntad de sustituir el viejo criterio por el nuevo.

Hay que destacar en primer término, la modificación sustancial que ha sufrido en el vigente Código de Comercio (artículo

109) el ya conocido precepto del Código de 1829, relativo a la intervención en los contratos por escrito. Mientras el artículo 98 de nuestro primer Código mercantil decía textualmente: "En los negocios en que por convenio de las partes o por disposición de la Ley haya de extenderse contrata escrita, tiene el Corredor obligación de hallarse presente al firmarla todos los contratantes, y - certificar al pie que se hizo con su intervención, recogiendo un ejemplar que custodiará bajo su responsabilidad"; en cambio, en - el Código vigente ese precepto quedó redactado así: "En los casos en que por conveniencia de las partes se extienda un contrato escrito, el Corredor certificará al pie de los duplicados y conservará el original" (artículo 109). Se ha suprimido, pues, la obligación del Corredor de presenciar la firma de los contratantes, - sustituyéndola por la de asegurarse de la legitimidad de esa propia firma; obligación esta última que, no aparecía recogida por - el artículo 82 del viejo Código (del cual procede el número 1 del actual artículo 95) y que, supone una novedad del Código de Comercio vigente que no considera necesaria la presencia física del Corredor en el acto de la firma para que la intervención se entienda bien realizada.

En segundo lugar, también es muy significativo el hecho de que el Código vigente haya prescindido totalmente del artículo 78 del Código anterior que ordenaba a los Corredores desempeñar "por sí mismos todas las operaciones de su oficio, sin confiarlas a dependientes". Con esta supresión permite el Código la colaboración de otras personas en las actividades de los Agentes mediadores, - haciendo posible que el fedatario haga la recogida de firmas por medio de sus dependientes sin estar personalmente presente en el acto de la firma.

Ha de tenerse en cuenta que lo necesario y conveniente es que el Agente mediador intervenga efectivamente de un modo u otro en la operación, para que pueda cerciorarse de la identidad y capacidad de las partes, de su voluntad de contratar e incluso del

contenido del contrato que realizan y de la autenticidad de las firmas; más para conseguir este objetivo, a todas luces apetecible, no es indispensable introducir en la función interviniente del Corredor ese requisito de la presencia del acto material de la firma, que no hace otra cosa que ocasionar ondas perturbaciones al normal desarrollo del tráfico mercantil que pretende beneficiarse de la fe pública.

Para no entorpecer prácticamente ese tráfico es necesario, admitir en la actuación del Corredor un margen de elasticidad que, siendo compatible con las normas legales que ordenan y regulan su función de mediador investido de fe pública, permita al propio tiempo al Corredor utilizar en cada caso los medios instrumentales adecuados, personales (dependientes o auxiliares de su despacho) o técnicos (correspondencia epistolar, telegramas, teléfono, etc) para ponerse en contacto mediato con sus clientes, sin exigirles necesariamente una relación personal y directa ni en la función puramente mediadora ni en la recogida de las firmas, que en muchas ocasiones podrá ser realizada por sus dependientes o auxiliares sin mengua de que el Corredor pueda asegurar, no obstante, bajo sus responsabilidades, la legitimidad o autenticidad de la firma no puesta ante él.

Finalmente no ha de olvidarse que el Corredor puede intervenir, o investir de fe pública por medio de la correspondiente certificación de su libro-registro, contratos meramente verbales, estipulados por las partes sin firmar documento alguno. Estos contratos habrán de ser asentados en el Libro-registro del Corredor interviniente lo mismo que los actos o contratos escritos, y las certificaciones que de los mismos expida el fedatario con arreglo a los asientos del Libro-registro serán documentos públicos que harán fe en juicio. Pues bien, si de un contrato convenido verbalmente en el que las partes no firman nada puede dar fe el Corredor interviniente, ¿por qué ha de exigirse que el Corredor presencie personalmente la firma de los contratos escritos? No hay por

que exigir más en el contrato escrito que en el no escrito y por eso el Código de Comercio se contenta con que se asegure siempre el Corredor de la identidad y capacidad legal de los contratantes y en su caso (en el caso de contrato escrito, sin duda) de la legitimidad de las firmas de aquellos, sin exigir, por el contrario, que las firmas se pongan en su presencia, porque al Corredor (como al Notario, según el artículo 257 Rgto. Notarial) puede constatarle de modo indudable la autenticidad de la firma de un documento sin necesidad de que se haya puesto ante él.

Estas consideraciones anteriores, sin duda inspiraron la reforma que en este aspecto vino a suponer el nuevo texto del artículo 33 del Reglamento de Corredores de 27 de Mayo de 1959, en la redacción dada por Decreto 3.110/68 de 5 de Diciembre.

La redacción del artículo 33 del Reglamento Corredores, - después de la reforma experimentada por el Decreto de 5 de Diciembre de 1968, deja absolutamente claro que no se requiere la presencia física del fedatario mercantil para la validez y eficacia de la intervención del Agente.

Esta reforma reacciona contra la redacción del Reglamento de 1959, que había convertido en una obligación profesional lo - que, según las Circulares internas de la Junta Central, no era - más que una facultad del Corredor para evitar los riesgos de una falsificación. El incumplimiento de esta obligación afectaba a la efectividad de su intervención. La falta de presencia, acreditada, por la posible impugnación en el juicio ejecutivo, producía, pues, la nulidad del título, con las consecuencias procesales y materia les inherentes a la nulidad.

El círculo profesional afectado puso de manifiesto que lo dispuesto por el artículo 33 en su redacción originaria no concor daba con la norma posterior del artículo 197 del Reglamento de -

Bolsas de 1967, y además, excedía de lo dispuesto por el artículo 95 del Código de Comercio.

Por esta razón, el artículo 33 alcanza en 1968 una nueva redacción que excluye la necesidad de presencia del fedatario público para la validez y eficacia de la intervención.

Los Agentes mediadores han de asegurarse, pues, de la -- identidad y capacidad de las partes de los negocios en los que intervengan. Pero los medios que utilicen para alcanzar esta certidumbre quedan a su elección. Poseen, pues, un ámbito de discrecionalidad para elegir los medios que estimen idóneos y suficientes para tal fin. El más seguro será el de la presencia física, pero no el único.

V.- COMPETENCIAS DE LOS DISTINTOS AGENTES COLEGIADOS

El artículo 93 del Código de Comercio atribuye a los Agentes colegiados el carácter de Notarios, siempre que su actuación se circunscriba a los actos de comercio comprendidos en su oficio, es decir, propios de su oficio de Agentes de Cambio, Corredores de Comercio o Corredores Marítimos. Será preciso, pues, analizar el marco de actuación de cada una de estas tres clases de Agentes colegiados.

.1.- Competencias de los agentes de Cambio y Bolsa

Las competencias específicas de este oficio vienen determinadas en los párrafos 1º y 2º del artículo 100 del Código de Comercio, a saber:

19.- "Intervenir privativamente en las negociaciones y -- transferencias de toda especie de efectos o valores públicos coti-
zables definidos en el artículo 68", y

20.- "Intervenir... en todas las demás operaciones y con-
tratos de Bolsa...".

Esta competencia, que como a primera vista ya se deduce, en materia bursátil es una competencia genérica, se completa con la competencia para la intervención de determinados actos específicos previstos en diversas disposiciones, por ejemplo, los artículos 320, 521, 528, etc. del Código de Comercio, la Ley de Hipoteca Naval, la Ley de prenda sin desplazamiento de posesión, etcétera y que como competencia expresamente establecida para cada supuesto por la Ley, no ofrece problema alguno de delimitación.

Con estos preceptos, la competencia funcional de los Agentes de Cambio y Bolsa colegiados, en mi opinión, queda perfectamente delimitada y establecida y no existe, a mi juicio, competencia no tipificada de los citados Agentes. Las normas del artículo 100 son claras y terminantes y no dejan lugar a dudas en cuanto a la competencia de los Agentes de Cambio y Bolsa se refiere. Lo -- que, en todo caso, podría suceder es que hubiese competencia de -- los mismos sobre actos no tipificados a causa de la remisión que -- el artículo 100, hace a las "operaciones y contratos de Bolsa" y, -- en consecuencia, a los artículos que regulan esta materia.

En virtud de esta remisión, hemos de acudir al artículo -- 67, en el cual se dispone que "serán materia de contrato en Bolsa... (señala siete números y en el octavo establece) : "Cualesquiera -- , otras operaciones análogas a las expresadas en los números anteriores, con tal de que sean lícitas conforme a las leyes...".

Aparece aquí un criterio de analogía, pero como obviamen---

te se deduce del propio artículo 67 del Código, dicho criterio - analógico solo puede utilizarse como elemento integrador de una - materia ("la materia de contrato en Bolsa"), pero no, o, a lo sumo, solo de una forma indirecta, como integrador de una competencia. La competencia del Agente de Cambio y Bolsa colegiado está - perfectamente definida y delimitada: Puede intervenir en toda operación o contrato de Bolsa, existe competencia para intervenirlo por parte del Agente de Cambio y Bolsa. No es, pues, necesario recurrir a ningún criterio supletorio para delimitar la competencia. Lo que puede suceder es que la duda se presente acerca de si determinada operación o contrato es un contrato de Bolsa. Si esta - duda se plantea, entonces es cuando habrá que acudir al criterio analógico del artículo 68, 8º del Código. La regla de analogía se refiere por tanto, a una materia - "La materia de contrato en Bolsa" (artículo 67)-, pero no a una competencia.

Fuera del ámbito bursátil, los Agentes de Cambio y Bolsa colegiados tienen competencia para intervenir en una serie de actos u operaciones mercantiles que específicamente prevén en cada caso la posibilidad de su intervención en dichos supuestos concretos. Tal es, por ejemplo, la competencia establecida en los artículos 320, 521, 528 del Código de Comercio, la O.M. de 21 de Abril de 1950, la Ley de Hipoteca Naval, la Ley de prenda sin desplazamiento de posesión, la normativa de las ventas a plazos, etc. Se trata, como ya he dicho, de una competencia para casos concretos y específicamente establecida, y, por tanto, tampoco presenta problemas de delimitación.

El campo de competencia funcional (tanto bursátil como extra-bursátil), anteriormente señalado, constituye la competencia propia del oficio de los Agentes de Cambio y Bolsa colegiados y - que es genérica y con fuero atractivo en el ámbito bursátil y específica y limitada a actos concretos en que así se ha atribuido en el ámbito mercantil extra bursátil.

Ahora bien, independientemente de todo lo indicado, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de 27 de Diciembre de 1910, los Agentes de Cambio y Bolsa colegiados han asumido en las plazas bursátiles (Madrid, Barcelona y Bilbao) las funciones de los Corredores de comercio colegiados. No obstante, estas funciones, aunque ejercidas por los citados Agentes de Bolsa en sus plazas, no son funciones propias y específicas de los mismos, sino que lo son específicas y propias de los Corredores de Comercio.

Resumiendo, pues, la competencia de los Agentes de Cambio y Bolsa colegiados, tiene carácter genérico, con fuero atractivo, dentro de la materia bursátil; a ello se une una competencia en el ámbito extra bursátil limitada a los actos o contratos en que específicamente la tienen atribuida, y, finalmente, en este mismo ámbito extra bursátil, ejercen con carácter genérico la fe pública mercantil por asunción de las funciones de los Corredores Colegiados, que son, como luego señalaré, los que en el ámbito atribuido conjuntamente a los Agentes mediadores colegiados, tienen una competencia que pudieramos llamar general.

..2.- Competencia de los Corredores Colegiados de Comercio

Iniciando con ello el análisis de la competencia funcional de los Corredores Colegiados de Comercio, la primera observación a realizar es que existen normas relativas a la competencia de los mismos en las secciones del Código de Comercio correspondientes a los Agentes de Cambio y Bolsa (artículo 100, 2º), y a los Corredores Intérpretes de Buques en virtud de la remisión del artículo 110.

El Corredor de Comercio colegiado, como señala el artículo 93 del Código, tiene el carácter de Notario y dará fe como tal en los actos y contratos mercantiles cuya intervención sea propia

de su oficio de Corredor de Comercio colegiado. Se trata de una norma delimitadora y programática que obliga a ir a ver cuales son las funciones que específicamente se consideran como propias de los Corredores de comercio colegiados. Y, por tanto, a ir a las normas correspondientes del Código (artículos 100, 2º, 106, 108, 109 y 110).

Estudiadas e interpretadas de una forma lógica las disposiciones de la sección específica de los Corredores de Comercio puede comprobarse que contienen igualmente normas de competencia, tanto el artículo 106 en forma de "obligaciones", como en el artículo 109, referente a la contratación escrita.

En efecto, y prescindiendo de los casos especificados en el artículo 106, que por tratarse de supuestos de intervención individualizados, no afectan cuando de lo que se trata es de la fijación de los límites de la competencia, y fijándose en el sentido de los artículos 108 y 109 del Código, puede observarse que los mismos están redactados con un carácter de generalidad que puede convenir, en principio, a cualquier contrato u operación mercantil.

Según el artículo 108 del Código de Comercio "dentro del día en que se verifique el contrato, entregarán los Corredores colegiados a cada uno de los contratantes una minuta firmada, comprensiva de cuanto éstos hubieran convenido". El Código habla de un contrato convenido por las partes ("éstos hubieran convenido...") en el que el Corredor actúa como puro fedatario que presencia el contrato verbal, asienta lo convenido por las partes en su Libro Registro y expide para las mismas Certificaciones del asiento -- ("minuta") con los detalles de lo convenido. Puede referirse el artículo 108 del Código de Comercio lógicamente a cualquier contrato mercantil susceptible de ser convenido verbalmente. Las partes, los interesados pueden convenir cualquier contrato mercantil

y pueden acudir al Corredor de Comercio para que solemnice lo que convienen.

El artículo 109 del Código cuando dispone que "en los casos en que por conveniencia de las partes se extienda un contrato escrito, el Corredor certificará al pie de los duplicados y conservará el original". Se refiere, lógicamente, a cualquier contrato mercantil que las partes convengan extender por escrito con inter vención de Corredor de Comercio colegiado. Los caracteres de gene ralidad en que está concebido el artículo 109 son asimismo eviden tes.

Por tanto, según las normas específicamente establecidas para los Corredores de Comercio colegiados, la competencia funcional de éstos dentro de la materia mercantil, es una competencia genérica, en principio.

La figura del Corredor de Comercio colegiado es la más compleja de entre las diferentes clases de Agentes mediadores colegiados, y, asimismo, es la que presenta una gama de actuación más completa.

Es por ello, por lo que debe estudiarse separadamente cada una de sus esferas de actuación:

a) Actuación de los Corredores de Comercio en el ámbito bursátil:

Según se deduce del artículo 100, 2º del Código de Comercio corresponde a los Corredores intervenir (en concurrencia con los Agentes de Cambio y Bolsa) en todas las operaciones y contratos de Bolsa, excepto las atribuidas con carácter exclusivo a los citados Agentes en el artículo 100, 1º, es decir, las "negociacio

nes y transferencias de toda especie de efectos y valores públicos cotizables, definidos en el artículo 68".

La competencia que en ese ámbito bursátil se atribuye por el Código a los Corredores de comercio, tiene, por tanto, el mismo carácter genérico que ya afirmaba tenía la atribuida a los Agentes de Cambio y Bolsa, con la excepción a que da lugar lo dispuesto en el artículo 100, 1º. Ahora bien, esta excepción, como es obvio, solo tenía virtualidad en aquellas plazas mercantiles en que por concurrir Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio, solo los primeros podrían intervenir en la negociación de efectos, o valores públicos cotizables, es decir, en las plazas bursátiles, pero no así en las demás plazas mercantiles en las que habiendo - Corredores de Comercio, no existían Agentes de Cambio y Bolsa por no hallarse establecida en las mismas Bolsas de comercio.

Eliminados los Corredores de Comercio colegiados por la - Ley de 1910 de las plazas bursátiles, estos en sus plazas -no - bursátiles- tienen una competencia que en el ámbito de la negociación bursátil, tienen carácter genérico -por virtud del artículo 100, 2º del Código- y en consecuencia, de fuero atractivo, como corresponde a los Agentes de Cambio y Bolsa en sus plazas y por virtud del mismo artículo del Código.

Esta competencia se tiene por los Corredores en el Bolsín, donde lo haya, o bien simplemente en la intermediación bursátil - fuera de Bolsa o Bolsín.

Con las normas del artículo 100 del Código la competencia de los Corredores de comercio en el tráfico que ahora trato, queda perfectamente delimitada y como genérica que es, fuera de ella no hay más que aquello que no pueda ser considerado como materia susceptible de contratación bursátil. La aplicación del criterio de analogía del artículo 67 del Código de Comercio, hace referencia

a la delimitación de una materia: la materia de contrato en Bolsa o en Bolsín, pero no de una competencia. Esta existe, en sus plazas, para los Corredores de comercio en cuanto una operación (por estar así expresamente establecido o por virtud de aquel criterio de analogía) se considere materia bursátil.

En resumen, en materia de tráfico bursátil la competencia de los Corredores de Comercio tiene carácter genérico y fuero -- atractivo, exactamente como sucede en el caso de los Agentes de -- Cambio y Bolsa.

b) Actuación de los Corredores de comercio en el tráfico marítimo.

Según el artículo 110 del Código de Comercio "los Corredores (de Comercio) colegiados podrán, en concurrencia con los Corredores Intérpretes de Buques, desempeñar las funciones propias de estos últimos, sometiéndose a las prescripciones de la sección siguiente de este título".

Por tanto la atribución de competencia que se efectúa a los Corredores de comercio para intervenir en las funciones de los Corredores intérpretes marítimos, se realiza sin limitación alguna en cuanto a su extensión.

La atribución a los Corredores de Comercio de la competencia de los Corredores intérpretes se efectúa con la misma extensión y carácter que respecto de éstos, y como propia de ellos, se establece en el Código de Comercio. Es decir, con carácter genérico y con fuero atractivo comprendiendo todos los actos o contratos que sean inherentes al comercio marítimo y sin perjuicio de las facultades exclusivas que, en su caso, puedan detentar otros fedatarios.

Dada la práctica inexistencia de los citados Corredores - Intérpretes en la actualidad, cuando en alguna plaza marítima se precise la intervención de un fedatario mercantil en un contrato de comercio marítimo hay que acudir al Corredor de Comercio para la prestación de la correspondiente actuación fedataria. Considero que en estos casos, el Corredor de Comercio colegiado, de acuerdo con el artículo 110 del Código de Comercio, puede intervenir - la citada operación de tráfico marítimo, registrando la misma en su Libro Registro con los detalles que exige el artículo 114 del Código y conservando un ejemplar del contrato como requiere el artículo 115. Lógicamente, la póliza de contrato marítimo así intervenida por Corredor de Comercio colegiado (en base a la competencia que en dicho tráfico les reconoce el artículo 110 del C. de C.) tendría la misma eficacia y alcance que cualquier otra póliza de contrato mercantil intervenida por dicho fedatario y como si lo estuviera por Corredor Intérprete colegiado.

c) Actuación de los Corredores de Comercio en aquella parte del tráfico mercantil que no tiene que ver ni con la Bolsa o Bolsín (tráfico bursátil) ni con el comercio marítimo.

Es en este punto donde los artículos 108 y 109 del Código de Comercio, redactados en términos de generalidad, adquieren verdadera trascendencia.

Ello está de acuerdo con el carácter de Agentes colegiados básicos que indudablemente tienen los Corredores de Comercio.

Su competencia es la que pudiéramos llamar general en el ámbito atribuido conjuntamente a los Agentes mediadores de comercio, pues, por referencia a la misma, se determinan las competencias específicas de los Agentes de Cambio o de los Corredores Intérpretes.

Ya en el Código de comercio de 1829 y en su artículo 235 se disponía que "los comerciantes pueden contratar y obligarse: - 1º.- Por escritura pública. 2º.- Con intervención de Corredor, ex tendiendo póliza escrita del contrato o refiriéndose a la fe y - asientos de aquel oficial público. 3º.- Por contrata privada..." Venos, pues, que el carácter de generalidad con el que están concebidas las funciones de los Corredores de Comercio dentro del tráfico mercantil era claro y terminante y se extendían a cualquier contrato u operación mercantil que los comerciantes pudieran concertar. Lo propio sucede con los artículos 108 y 109 del Código de Comercio vigente.

La competencia de dichos Corredores, es, dentro del tráfico mercantil en general, una competencia genérica y, por ello, con fuero atractivo, con el único límite de la atribución exclusiva que en determinados supuestos se efectúa a favor de otros fedatarios. Bastará, pues, que una operación se considere como mercantil y su intervención no se halle atribuida con exclusividad a otros fedatarios, para que pueda intervenir por los Corredores de Comercio colegiados.

El problema, pues, que en algún caso se podrá plantear, - podrá ser el de la mercantilidad de la operación de referencia y para ello habrá que acudir al criterio de analogía del artículo 2 del Código de Comercio. Ahora bien, ese criterio de analogía, se halla establecido para la tipificación de una materia -la materia mercantil-, pero no para la tipificación de una competencia que - está perfectamente delimitada por el Código de Comercio, como la de los Corredores de Comercio. No existe, pues, competencia no tipificada de éstos, aunque pueda existir competencia sobre operaciones mercantiles no tipificadas.

.3.- Competencias de los Corredores Intérpretes de buques o marítimos colegiados:

La competencia de los Corredores intérpretes de buques o marítimos colegiados viene establecida con carácter general en el artículo 113 del Código de Comercio (en el que se recogen en forma de "obligaciones" de los citados Corredores), en otros preceptos del mismo Código (artículos 644, 720, 737, etc.) y finalmente en el artículo 6º del Decreto de 8 de Julio de 1930 y en el Reglamento orgánico aprobado por Decreto de 30 de Noviembre de 1933.

Al tratar la competencia de los otros Agentes mediadores colegiados, he evitado aludir a los Reglamentos de los respectivos Cuerpos, al objeto de soslayar toda norma que pudiera por naturaleza tener cierto carácter contingente, y dado que el primer texto legal en materia mercantil era suficientemente ilustrativo a este respecto. Pero al analizar la competencia de los Corredores intérpretes marítimos, como los denomina su Reglamento orgánico - todavía vigente, y pese a su decreciente independencia al ir siendo absorbidas sus funciones por los Corredores de Comercio colegiados, resulta forzoso acudir a dicho Reglamento ante la inexistencia en el Código de Comercio de una norma que trate de las competencias de una manera un poco completa.

El artículo 6 del R.D. de 1930 citado, dispone que "serán facultades de los Corredores intérpretes marítimos las señaladas en el artículo 95 del Código de comercio y las especiales siguientes: 1º.- Intervenir, cuando para ello sean requeridos, en los - contratos de fletamento, préstamos a la gruesa, liquidación de - averías, seguros de mar, hipoteca naval, compraventa de buques, - minerales, carbones u otros efectos de o para embarque y cuantas operaciones sean inherentes al comercio marítimo, para darles autenticidad, y asimismo para testimoniar sobre hechos acaecidos en los buques o derivados de la navegación... y sin perjuicio de los derechos y facultades inherentes a los Notarios públicos".

Por su parte, el artículo 35 del Reglamento de 1933 establece que "la intervención de los Corredores intérpretes maríti--

mos en los contratos y operaciones inherentes al comercio marítimo, al objeto de darles autenticidad, así como el testimoniar sobre hechos acaecidos en los buques o derivados de la navegación - tendrá lugar a requerimiento de los interesados y cuando éstos - quisieran conferir al documento o contrato el carácter que les - otorga el artículo 93 del Código de Comercio por ser intervenido por Agente colegiado, sin perjuicio de los derechos que asistan a los Notarios públicos y Corredores de comercio".

Se observa, pues, que el legislador delimita la competencia de los Corredores marítimos colegiados en base a detallar una serie de actos, contratos u operaciones y añadir una expresión final de carácter genérico: "... cuantas operaciones sean inherentes al comercio marítimo"; "... contratos y operaciones inherentes al comercio marítimo... sin perjuicio de los derechos que - - asistan a los Notarios y Corredores de comercio".

La norma delimitadora de la competencia de los Corredores intérpretes marítimos con esas expresiones finales queda, en mi opinión, perfectamente clara y completa. Como toda enumeración es peligrosa en cuanto no permite incluir lo no enumerado, hay que evitar ese riesgo con fórmulas que, por su carácter genérico, permitan la extensión de la competencia a todos aquellos supuestos - que se consideren deben quedar incluidos. En el caso de los Corredores intérpretes de buques, la fórmula es "cuantas operaciones - sean inherentes al comercio marítimo..." y sin perjuicio de las - facultades de otros fedatarios: Notarios y Corredores de comercio.

Con ello no puede haber ninguna duda sobre la competencia funcional de los Corredores intérpretes. En el ámbito del tráfico marítimo tienen una competencia genérica y, en consecuencia, con fuero atractivo. Bastará que una operación o contrato se considere propio del comercio marítimo y su intervención no esté atribuida de forma exclusiva a los Notarios o Corredores de comercio, pa

ra que sea susceptible de intervención por los Corredores intérpretes de buques colegiados. La norma delimitadora de la competencia funcional de éstos es, pues, completa. No hay, por tanto, posibilidad de competencia no tipificada. Lo que podrá haber, en su caso, es competencia sobre actos inherentes al comercio marítimo - que no estén tipificados por las leyes mercantiles. Entonces, si este supuesto se produce, lo que habrá que hacer es recurrir al - criterio que el legislador establezca en cada circunstancia, o, - en su defecto, al criterio de analogía del artículo 2 del Código de Comercio, para determinar si nos hallamos en presencia de un - acto o contrato que debe reputarse mercantil e inherente al comer- cio marítimo. Si ello es así automáticamente habrá competencia de los Corredores intérpretes para intervenirlo, salvando siempre - los privilegios de exclusividad de otros fedatarios.

Resumiendo, pues, la competencia de los Corredores intérpretes marítimos colegiados es, dentro del tráfico marítimo, una competencia genérica con fuero atractivo, y su único límite es la competencia establecida con exclusividad a favor de otros fedatarios.

VI.- EFICACIA DE LA INTERVENCION DE UN AGENTE MEDIADOR COLEGIADO

Al analizar el principio de publicidad como principio fundamental de la fe pública y su menor importancia en la parcela - concreta de la fe pública mercantil, destacaba que las diferen- - cias entre la institución notarial y la mercantil son menores en cuanto a efectos jurídicos se refiere, que en lo referente al ele- mento formal de la fedación. Con la intervención del Notario o - del Fedatario mercantil se produce una eficacia autenticadora, - pues, en virtud de una presunción de veracidad, el acto interveni- do se considera auténtico y cierto mientras no se pruebe lo con--

trario, con lo que se establece un régimen de descarga de prueba.

Todo el tratamiento de la pública mercantil y su ejercicio por sus depositarios, los Agentes colegiados, quedaría incompleto si no me detuviera, aunque fuera brevemente, en el análisis de los efectos autenticantes de su intervención, como final de mi estudio.

La intervención de un Agente mediador en un acto, contrato u operación mercantil confiere al documento en el que se formaliza determinados efectos en orden a la prueba que no tendría sin dicha intervención.

Examinaré, si bien sea brevemente, cuáles son estos efectos que la normativa vigente otorga a la intervención de los Agentes colegiados en los distintos actos y contratos mercantiles propios de su competencia.

El efecto sustancial, reside, en la especial fuerza probatoria que la Ley otorga a los documentos autorizados por el Agente para dar fe del acto o negocio en ellos formalizado. Así nuestro Código de Comercio dispone que "los libros y pólizas de los Agentes colegiados harán fe en juicio" (artículo 93) y establece que "si apareciese divergencia entre los ejemplares de un contrato que presenten los contratantes, y en su celebración hubiere intervenido Agente o Corredor, se estará a lo que resulte de los Libros de éstos, siempre que se encuentren arreglados a Derecho" - (artículo 58). Idea a la que también responde la consideración que la Ley procesal civil otorga a las Certificaciones por ellos expedidas con referencia a sus Libros-Registro, de documentos públicos y solemnes (artículo 596, 2º), que como tales "hacen prueba aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste" (artículo 1218 del C.C.). Las pólizas, los asientos del Libro-Registro y las certificaciones que de estos últimos

se expidan son, pues, documentos fehacientes.

Esa prueba, ¿qué hechos y circunstancias abarca?. Con la intervención del fedatario queda acreditada la existencia o el otorgamiento del acto o contrato, la identidad y capacidad de las partes, la legitimidad o autenticidad de sus firmas y la posesión legítima del transmitente en las negociaciones de valores mobiliarios. E igualmente puede resultar fehacientemente acreditada la ejecución del contrato si los singulares actos en que aquella se concreta fueran presenciados por el agente o incluso efectuados por el mismo (artículo 106, 3 y 4 del C. de C.).

En función de este efecto fundamental que la Ley reconoce a la intervención del Agente colegiado deben explicarse todos los restantes que resulten del propio ordenamiento.

Así: el carácter del título que lleva aparejada ejecución reconocido a las pólizas por el artículo 1429, reformado de la L. E.C.; la equiparación de los acreedores por títulos o contratos mercantiles intervenidos por Agente colegiado a los escriturarios prevista en el nº 4 del artículo 913 del Código de Comercio; la facultad del acreedor, conforme a lo dispuesto en los artículos 320 y 323 del Código de Comercio, cuando la garantía prendaria consista en efectos cotizables, para pedir su enajenación vencido el plazo del préstamo; y la de no traer a la masa que forme los bienes del suspenso o quebrado los valores y objetos recibidos en prenda y venderlos para hacerse pago con ellos al margen de la quiebra o de la suspensión (artículo 918 del C. de C.; artículo 11 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de Julio de 1922 y Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1945).

Finalmente otro efecto que nuestro Código de Comercio conecta a la intervención de fedatario mercantil es la irreivindicabilidad de los títulos al portador cuando hubieran sido negociados en Bolsa (artículo 545 del C. de C.).

- (1) .- Las Partidas (Ley 36, título 16, Ptda. 3ª) establecen que "nasciendo contienda entre algunos sobre cosa que fuese -- vendida por manos de corredor, si aquellos entre quienes -- es la contienda se avinieren que el corredor dé su testimo -- nio sobre aquella cosa, debe el Juzgador apremiarle que -- venga a dar su testimonio ante él, de lo que sabe".
- (2) .- Véase "Ordenaciones de los mediadores mercantiles de Barce -- lona de Jaime I" 7º Centenario, editado por la Bolsa Ofi -- cial de Barcelona, 1972.
- (3) .- Sobre la evolución histórica del corredor puede consultar -- se CANOSA R. "Proceso histórico de la correduría mercantil -- española". Revista de Derecho Mercantil V. 2 (1946), pág. 31.
- (4) .- Leg. XVIII, tít. XIX, libro IX.
- (5) .- Arts. 63, 65, 91 y 98.
- (6) .- La actuación notarial de los Agentes está contenida en los artículos 196 al 218.
- (7) .- Rafael NUÑEZ LAGOS señala que la clase de funcionario públi -- co autor del documento, distingue la fe pública, en judi -- cial y extrajudicial ("Fe pública en la jurisdicción ordi -- naria". Revista de Derecho Notarial. Enero-Marzo, 1958, - pág. 11).
- (8) .- En sentido contrario al expuesto, NUÑEZ LAGOS ha formulado una teoría acerca de la función que ejerce el Agente Media -- dor colegiado: la mediación, es para este autor función -- principal; el oficio de Agente colegiado, privado (V. Nue -- va Enciclopedia Jurídica Scix, Tomo IX, Barcelona, 1958, - págs. 646 y ss; y "Concepto y clases de documentos y Fe pú -- blica especial" en Revista de Derecho Notarial, núm. XVI, -- abril-junio, 1957 y núms. XX abril-junio 1958. Págs. 7 ss.
- (9) .- Inicialmente los Corredores de Comercio --únicos Agentes -- Mediadores existentes en el Código de Comercio de 1829-- te -- nían una función predominantemente mediadora que ejercían -- con carácter privilegiado, unida a una cierta función feda -- taria (este régimen de monopolio se eliminó por Decreto de 30 de Noviembre de 1969).

- (10).- GAY DE MONTELLA, R. "Código de Comercio Español Comentado". Tomo I. Barcelona, 1936. Págs. 369 a 372.
- (11).- Nueva Enciclopedia, cit. Tomo IX, pág. 646.
- (12).- GARRIGUES, J. "Curso de Derecho Mercantil". Tomo I, 7ª Edic. pág. 685.
- (13).- GIMENEZ ARNAU Y GRAN, E. Derecho Notarial Español. Edit. Universidad de Navarra, Pamplona 1976, pág. 78 y ss.
- (14).- URÍA, R. "Consideraciones sobre la fe pública mercantil". Instit. Estudios Bancarios y Bursátiles. Universidad de Bilbao, 1970, pág. 143.
- (15).- NUÑEZ LAGOS, R. "Hechos y Derechos en el Documento Público". Monografías de Derecho Español. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, nº 10. Madrid 1930, pág. 1.
- (16).- BENITO, L. "Forma de los contratos mercantiles". Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, T. 113 (1908), pág. 355.
- (17).- Véanse las Sentencias de fechas 11-12-1874; 1-12-1909; 8-2-1921; 6-5-27; 29-10-27; 4-4-32; 22-11-35; 27-10-41; 3-1-47; 15-12-56 y 3-11-71.
- (18).- GIMENEZ ARNAU Y GRAN, E. op. cit. pág. 827 y 828.
- (19).- GONZALEZ PALOMINO, J. "Instituciones de Derecho Notarial" vol. III, Edit. Reus, Madrid 1948, pág. 151.
- (20).- NAVARRO GARBALENA, F. "Eas sobre el alcance de la intervención de los Agentes mediadores de comercio en las Letras de cambio", Rev. de Derecho Mercantil V. 10 (1950) pág. 255.
- (21).- BARBOLOME LABORDA, R. "Fe pública mercantil. Ensayo de - - aproximación a una teoría general". Barcelona BOSCH 1977 - pág. 301.

(22).- URIA, R. op. cit. pág. 143.

(23).- BARTOLOME LABORDA, R. op. cit. pág. 311 y ss.

OBRAS CONSULTADAS

ALBALADEJO GARCIA, M. y otros. "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo II. Comentario de SANCHEZ REBULLIDA, F. de A. al artículo 48 en página 66. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas. 1978.

ALBALADEJO GARCIA, M. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II. 2ª Edición. Barcelona Bosch 1975.

ALBALADEJO GARCIA, M. "Manual de Derecho de Familia y Sucesiones" Barcelona Bosch 1974.

ALBAREDA Y HERRERA, M. "Algunas instituciones de derecho aragonés y navarro". Anuario de Derecho Aragonés 1951-1952.

ALONSO LAMBAN, M. "Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón". Revista de Derecho Notarial. Junio 1954 Julio 1955.

ALONSO LAMBAN, M. "Las formas testamentarias en las llamadas regiones forales". Temis nº 5 (1959) nº 6 (1959).

ARANCIO-RUIZ, V. "L'origine del Testamentum militis e la sua posizione nel Diritto romano clásico". Bulletin Instituto Diritto Romano 1946.

AUBRY Y RAU. "Cours de droit civil français". París 1918.

AZPEITIA ESTEBAN, M. "Legislación notarial". Madrid Reus 1930.

BADIA TOBELLÀ, F. de P. "De com cos partidari de conservar el testament parroquial". Revista "La Notaria" 1933.

BALCELLS Y TARRAGONA, M. "Manual del testador catalán. Instrucciones sobre el modo de disponer y otorgar los testamentos según la legislación vigente en Cataluña". Igualada. Abadal. 1860.

BALLESTEROS DE RODRIGO, S. "La intervención del agente mediador - en las letras de cambio". Revista de Derecho Mercantil Volumen 15 1953.

BARTOLOME LABORDA, R. "Fe pública mercantil. Ensayo de aproximación a una teoría general". Barcelona Bosch 1977.

BEGUE Y DIEGO, A. "Ministerio parroquial según el Concilio de Trento". Alicante. Sera. 1881.

BELLER HEREDIA, J. "Un problema en la adverbación del testamento - ante párroco en Aragón". Anuario de Derecho Aragonés, número 22 - 1954.

BENITO, L. "Forma de los contratos mercantiles". Revista General de Legislación y Jurisprudencia Tomo 113 (1908).

BOADA Y CAMPS, J. "El Derecho Canónico en Cataluña. Instituciones privativas del mismo". Barcelona Canovas 1924.

BOADA Y CAMPS, J. "El testamento ante el Cura Párroco en Cataluña" Barcelona 1963.

BOREL. "De l'origine et des fonctions des Consuls". San Petersburgo 1807.

BORRELL Y DAUDER, V. "Práctica parroquial Valentina". Valencia - 1895.

BORRELL Y SOLER, A.M. "Formes testamentaries". Revista Jurídica - de Cataluña. Tomo 18 (1912).

BORRELL Y SOLER, A.M. "Derecho Civil vigente en Cataluña". 2ª Edición Barcelona 1944.

CANDAL Y COSTA, S. "De los testamentos en España. Tratado de los diferentes modos de testamentifacción activa que rigen en España según el Código Civil y legislaciones forales". Barcelona Condal 1900.

CANDICTI, A. "Historia de la institución consular en la Antigüedad y en la Edad Media". Buenos Aires Internacional 1925.

CANOSA, R. "Proceso histórico de la correduría mercantil española" Revista de Derecho Mercantil V. 2 (1946)

CASTAN TOBEÑAS, J. "Función notarial y elaboración notarial del De recho". Madrid Reus 1946.

CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español, Común y Foral". 8ª Edi ción Madrid. Reus 1979.

CONTUZZI, F. "Trattato Teórico-Práctico di Diritto Consolare e Di plomático". Torino 1910.

CORBELLA, A. "Manual de Derecho Catalán". Madrid Reus 1906.

COROMINAS, B. "Novísima colección de leyes de utilidad práctica - al Clero Parroquial". Lérida 1894.

COVIAN, V. "Jurisdicción civil de los Consules españoles en los - pueblos civilizados, especialmente en materia de sucesiones". Re- vista de los Tribunales 1898.

DELLA ROCCA, F. "Il notariato nel diritto canonico". Padova. A. - Milani. 1961.

DEVOTI, J. "Institut Canonic".

DIEZ GOMEZ, A. "El Testamento Militar Español". Revista de Dere-- cho Notarial. Tomo XLIII. Enero-Marzo 1964.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Ci-- vil". Madrid Técnos 1978.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, I. "La pluralidad de testamentos". - Revista de Derecho Notarial. núm. XXVII 1960.

DURAN Y BAS. "Memoria acerca de las Instituciones del Derecho Ci- vil de Cataluña escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880". Barcelona. Casa de Caridad 1883.

ESCOBAR DE LA RIVA, E. "Tratado de Derecho Notarial". Alcoy Marfil 1957.

ESPIN CANOVAS, D. "Manual de Derecho Civil Español". Madrid Revis
ta Derecho Privado 1978.

FAGNANO, J. "Commentaria in primam partes tertii libri Decreta- -
lium". Roma 1661.

FAIREN GUILLÉN, V. "Normas procedimentales para un futuro cuerpo
de Derecho Foral Aragonés. Revista de Derecho Procesal 1953.

FAICON, M. "Código Civil Español". Madrid. Gongora. 1889.

FAUS, R. y COMDOMINES, F. "Derecho Civil Especial de Cataluña. -
Ley de 21 de julio de 1960 anotada". Barcelona Bosch 1960.

FERNANDEZ CASADO, M. "Tratado de Notaría". Madrid Vda. de M. Mi-
nuesa 1895.

FERNANDEZ VICTORIO Y CAMPS, S. "El Testamento Militar, su proceso
histórico". Bilbao 1946.

FERRARA, F. "Manuale di Diritto Consolare". Padova 1936.

FIRMIAT Y CABRERO, J. "Antinomias y obscuridades del Código Civil"
Revista la Reforma Legislativa años 1890 y 1891.

FLAISCHLEIN. "Des attributions des consuls en matière de nota- -
riat et d'etat civil". París 1892.

FONSECA ANDRADE, F. "Los Notarios eclesiásticos. Clérigos según -
la disciplina general de la Iglesia y la Legislación española". -
Granada Roman 1915.

FURIO, V. "Testamento Parroquial". Revista de los Tribunales 1929
La Notaria 1928.

GARRIGUES, J. "Curso de Derecho Mercantil". 7ª Edición. Madrid. T.
I 1976, T.II 1980.

GAY DE MONTELLA, R. "Código de Comercio español comentado". Barce-
lona 1936.

GIMENEZ-ARNAU Y GRAN, E. "Derecho Notarial". Pamplona. Universidad de Navarra. 1976.

GIMENEZ-ARNAU Y GRAN, E. "Introducción al Derecho Notarial". Madrid Rev. Derecho Privado 1944.

GONZALEZ PALOMINO, J. "Instituciones de Derecho Notarial". Madrid Reus 1948.

GONZALEZ PEREZ, J. y otros. "La competencia territorial de Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores Colegiados de Comercio" (Comentario a una sentencia). Madrid. Junta Central de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. 1974.

GRACIANIETO, J. "Catena jurium utrisque jurisprudentiae sive in librum secundum et tertium Decretalium Gregori IX comentarii" Lion 1678.

GUTIERREZ DE LA CAMARA, J.M. "Derecho Marítimo". Madrid. Cº Sup. Investigaciones Científicas. 1956.

GUZMAN MUÑOZ, T. "El Testamento Militar". Madrid. Tesis doctoral que puede consultarse en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

HARTENS, F. "Traite du Consulat". Hamburgo 1839.

HERNANDEZ-BRETÓN, A. "Atribuciones y prerrogativas de los Cónsules". Maracaibo 1951.

HERNANDEZ GIL, A. "El Testamento Militar. En torno a un sistema hereditario militar romano". Madrid. Instituto de Estudios Jurídicos. 1946.

HERRAN DE LAS POZAS, J.P. "Derecho Notarial". Madrid Aguilar 1946.

IRIZARRY Y PUENTE, J. "Traité sur les fonctions internationales des Consules". París 1937.

JACOMET DE BOAÇA. "Les militaires. Traité des donations et testaments".

JULLIOT, Ch.L. "Nature juridique du testament militaire". Revue - trimestrelle de droit civil. Julio-Diciembre 1914.

JULLIOT, Ch.L. "Traité-formulaire theorique y pratique du testament militaire". París. Rec. Sirey 1916.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A. "Derecho de Sucesiones". Barcelona Bosch 1973.

LANFRANCO Y CASANOVAS, E. "Intervencionismos contractuales mercantiles. El Notario, los Agentes de Cambio y Bolsa, la Asociación de Mercado Libre de Valores y la Unión de Corredores de Comercio Colegiados". Revista "La Notaria" 1935.

LOPE ORRIOLS, A. "El testamento ante párroco según la legislación y las prácticas vigentes en Cataluña, Aragón y Navarra". Revista General de Legislación y Jurisprudencia Tomos 95, 96 y 97 (años - 1899 y 1900).

MAIUQUER Y SALVADOR, M. "Derecho Consular Español". Madrid Reus 1899 y 1901.

MANRESA Y NAVARRO, J.M. "Comentarios al Código Civil Español". Madrid Reus 1932.

MARTINEZ FUSET, L. "El testamento vilitar". Tenerife Margarit 1935.

MARTINEZ DE LA VEGA Y ZEGRI, J. "Derecho Militar en la Edad Media. España. Fueros Municipales". Madrid 1912.

MASPOUS Y ANGLASELL, F. "El testamento parroquial en Cataluña". Re vista de Derecho Privado 1929.

MASPOUS Y ANGLASELL, F. "Testament parroquial; manera d'autorizarlo". Barcelona 1927.

MENEZES PIDAL, R. "La España del Cid". Madrid 1929.

MENGUAL Y MENGUAL, J.M. "Elementos de Derecho Notarial". Barcelona Bosch 1933.

MERCADE. "Droit civil expliqué. Sur l'article 968".

MILLARUELO, O. "La función notarial y su ejercicio por los agentes consulares de España en el extranjero". Revista Española de Derecho Internacional. Volumen 4 (1951).

MILITIZ. "Manual des Consuls". Londres 1837 y Berlín 1838.

MINGUIJON, S. "Historia del Derecho Español". Zaragoza 1924.

MORALES Y GÓMEZ, A. "Memoria sobre las instituciones que deben - quedar subsistentes del Derecho Civil Aragonés" Zaragoza Hospicio Provincial 1889.

MORENO CASADO, J. "El Testamento Militar en España desde la Recepción". Revista General de Legislación y Jurisprudencia Tomo 194 - (año 1953).

MOUTON Y OCAMPO, L. "La Sucesión Testada en Derecho Foral". Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1908.

NAGORE YARNOZ, J.J. "El testamento ante párroco en Navarra y en - el Derecho privado". Pamplona 1958

NAVARRO GARBALHA, F. "Mas sobre el alcance de la intervención de los Agentes mediadores de comercio en las letras de cambio". Revista de Derecho Mercantil 1950.

NERI, A.I. "Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial". Buenos Aires Depalma 1969.

NUÑEZ LAGOS, R. "Hechos y Derechos en el Documento Público". Madrid Instituto Nacional de Estudios Jurídicos 1930.

NUÑEZ LAGOS, R. "Concepto y clase de documentos y fe pública especial". Revista de Derecho Notarial número XVI (abril-junio 1957) y número XX (abril-junio 1958).

NUÑEZ LAGOS, R. "Fe pública en la jurisdicción ordinaria". Revista de Derecho Notarial. Enero-Marzo 1958.

OSSORIO MORALES, J. "Manual de Sucesión Testada". Madrid Instituto de Estudios Políticos 1957.

OTERO VALENTIN, J. "Sistemas de la función notarial". Igualada - Poncell 1933.

OTERO VALENTIN, J. "Manual de asuntos notariales". Madrid Rivadeneira 1918.

PANTOJA, J.M. "Adveración de los testamentos". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 30 (1867).

PELLA Y FORGAS, J. "Código Civil de Cataluña". Barcelona 1918.

PELLICER, J. "Los sacerdotes y las disposiciones testamentarias en Aragón". Revista de Derecho Privado 1913.

PEÑAS VAZQUEZ, J. "Del Testamento militar". Valladolid 1975.

PEREZ ARDA, E. "Caducidad de los testamentos especiales". Revista General de Legislación y Jurisprudencia Tomo 115 (1909).

PONS GURI, J.M. "El testamento parroquial gerundense en el siglo XIV". Anales del Instituto de Estudios Gerundenses. Volumen XVI - Gerona 1963.

FUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho Civil". Barcelona Bosch - 1973.

FUIG I FERRIOL, IL. "Comentario a la Sentencia de 18 de febrero de 1971: Las formas testamentarias en Cataluña. Algunas cuestiones en torno al testamento notarial". Revista Jurídica de Cataluña Enero-Marzo 1972.

FUIG PEÑA, F. "Compendio de Derecho Civil Español". Barcelona Nau - 1966.

QUINTANA, C. "Persona en cuyo poder debe quedar el testamento otorgado ante párroco". Anuario de Derecho Aragonés 1944.

QUINTANA, C. "Caducidad del testamento otorgado ante el párroco". Anuario de Derecho Aragonés 1944. Tomo I.

RAQUEJO ALONSO, A. "La Notaría Militar". Madrid Aeronáutica 1963.

REDACCION: "Circular del gobernador eclesiástico del Obispado de Barbastro sobre el modo de autorizarse los testamentos por los párrocos a falta de Notario". Gaceta del Notariado Español 1864.

REDACCION: "Sobre el otorgamiento de testamentos en Cataluña ante los Curas Párrocos". Gaceta del Notariado Español 1862.

REDACCION: "Testamento especial otorgado ante el párroco". Revista de los Tribunales 1928.

RIAZA, R. y GARCIA GALLO, A. "Manual de Historia del Derecho Español". Madrid 1934.

RICHARD, R.P. "Dictionair Univers".

RIVAS PEREZ, J.E. "El testamento ante Párroco en Aragón". Anuario de Derecho Aragonés 1944.

ROMEO Y LAGUNAS, M.J. "Especialidades testamentarias en Cataluña". Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1962.

ROMEO Y LAGUNAS, M.J. "Testamento ante párroco en Aragón". Revista de Derecho Español y Americano 2ª época nº 3 (1964).

ROYO MARTINEZ, M. "Derecho Sucesorio Mortis Causa". Sevilla 1951.

SABATE Y BALCELLS, R. "Origen del testamento otorgado en Cataluña ante Párroco. Memoria mecanografiada que puede consultarse en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

SALINAS QUIJADA, F. "Derecho Civil de Navarra". Pamplona Gómez - 1976.

SANAHUJA SOLER, J.M. "Tratado de Derecho Notarial". Barcelona - - Bosch 1945.

SANCHEZ ROMAN, F. "Estudios de Derecho Civil". Madrid. Rivadeneyra 1910.

SANCHO TELLO Y BURGUETE, V. "Derecho Notarial de España". Valencia Alafre 1900.

SANTALARIA, V. "Contribución a la historia del notariado en Cataluña". Barcelona Estudios Notariales 1917.

SANZ HERNANDEZ, L. "Alcance de la intervención de los agentes mediadores de comercio en la letra de cambio". Revista de Derecho - Mercantil. Volumen 6. 1948.

SCAEVOLA, Q.M. "Código Civil Español". Madrid Reus 1896.

SOLCHAGA LOITEGUY, J.J. "El testamento ante Párroco en Navarra". Revista Universidad de Zaragoza. Julio-Diciembre 1958 nº 3 y 4.

STECK. "Essai sur les Consuls". Berlín 1790.

TABOADA TUNDIDOR, C. "Testamentos Militares". Orense. Otero 1912.

TAULET Y RODRIGUEZ LUESO. "Derecho Notarial Marítimo". Madrid - 1947.

TODA Y GUELL, E. "Derecho Consular de España". Madrid. El Progreso Editorial. 1889.

TRAJANO MERA, J. "Cónsules y Consulados. Estudios de Derecho Consular Universal". Madrid. Fe. 1913.

TRAVIESAS, M. "El Testamento". Revista de Derecho Privado 1935.

TROPLONG, M. "Droit civil expliqué".

URIA, R. "Consideraciones sobre la fe pública mercantil". Bilbao Estudios Bancarios y Bursátiles-Universidad 1970.

VALVERDE Y VALVERDE, C. "Tratado de Derecho Civil Español". Valladolid 1962.

VEIASCO, A. "Derecho Notarial con algunos formularios". Madrid Reus 1941.

VERGER GARAU, J. "Algunas cuestiones que plantea actualmente el - testamento ante Párroco en Cataluña". Revista Jurídica de Cataluña 1965 número 1.

VIDAL TOLOSANA, L. "El Apéndice Aragonés al Código Civil General" Huesca 1924.

VILA PLANA, F. "Instituciones de Derecho Sucesorio. Texto, Jurisprudencia y Comentarios a los artículos 662 a 743 del Código Civil". Barcelona. Nereo. 1963.

WARDEN, M. "On the origin, nature, progress and influence of consular establishments". París 1813.

XIBENA, J.M. "El notariado en España desde su creación". Madrid. De la Peña. 1848.

ZEUMER, J. "Historia de la legislación Visigoda". Barcelona 1944.